

HABILIDADES Y DESTREZAS DE LOS JUECES EN LA CONDUCCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS JUICIOS ORALES

**Andrés Baytelman A.
Juan Enrique Vargas V.**

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
II.	CONDUCCIÓN DEL DEBATE.....	3
1.	Facultades probatorias.....	4
2.	Ordenación del debate y resolución de incidentes.....	7
2.1	Ordenación y administración del debate.....	8
2.2	Resolución de incidentes.....	12
3.	Algunos temas de especial interés que surgen en el debate.....	14
3.1	Oralidad versus lectura.....	15
3.2	Publicidad.....	18
3.3	Facultades disciplinarias.....	20
4.	Ejercicios.....	21
III.	FALLO.....	28
1.	¿Qué información necesito para resolver?: una vuelta sobre la teoría del caso. ..	29
2.	Valoración de la prueba y credibilidad.....	33
3.	¿Cómo captura el juez la información?.....	41
3.1	El registro del tribunal.....	41
3.2	Las notas personales del juez.....	42
4.	El fallo inmediato.....	44
4.1	Estándar de prueba.....	45
4.2	Fundamentación de la sentencia.....	46

I. INTRODUCCIÓN

El presente texto describe y analiza las habilidades y destrezas que los jueces orales en lo penal deberán reunir para ejercer adecuadamente las labores que el nuevo Código de Procedimiento Penal les asigna. En tal sentido viene a ser un complemento, o “la otra cara de la medalla”, de los materiales de litigación a los cuales se anexan, los cuales, como es tradicional en esta materia, se centran fundamentalmente en el rol de los abogados ya sean que actúen como fiscales o defensores. Pese a la diferencia de roles entre unos y otros, no es posible entender ni aplicar este texto sin una previa comprensión y ejercitación del primero. Sólo conociendo cabalmente el rol de las partes pueden los jueces entender en su entera dimensión el propio. Ello explica el que en las facultades de derecho nos enseñen, antes que nada, a ser abogados, para luego, por vía de la especialización, quienes quieren asumir el rol de jueces adquieran los conocimientos y las destrezas propias de tal función. Por lo demás, hay aspectos completos cuyo análisis pormenorizado se hace en los materiales principales, como las objeciones, la prueba material, la forma de trabajar lecturas previas, etc., cuyo conocimiento también es precondition para comprender lo que aquí se va a tratar.

Al igual que los materiales de litigación para abogados, el presente texto no pretende ahondar en las cuestiones normativas involucradas en el rol judicial, sin perjuicio que en más de una oportunidad sea imprescindible hacerlo. Lo que se pretende es entregar pautas para desarrollar un conjunto de habilidades y destrezas, una tecnología si se quiere, que permita a los jueces realizar adecuadamente sus funciones. Ser juez y juzgar, como bien saben quienes ejercen tal función, es mucho más que dominar un amplio conjunto de códigos y normas; es ser capaz de desempeñar una función compleja que integra los elementos normativos con otros de naturaleza muy disímil. Son estos elementos principalmente, los que deseamos explorar en las páginas que siguen, las que debieran servir como una lectura previa para los alumnos que van a estudiar y ejercitar, conducidos por su docente, las labores propias de un juez.

Estos materiales se encuentran separados en dos secciones. La primera está dedicada a las funciones de los jueces durante la conducción de los debates. Se comienza por analizar si el rol que en ellos les cabe es uno activo o pasivo, para lo cual se confronta la lógica de la contradictoriedad, que hace recaer la iniciativa y la estrategia en las partes, con la necesidad de los jueces de formarse convicción para poder fallar, que lleva a entregarles ciertas facultades probatorias a los jueces. Se ven ejemplos de cómo pueden ejercerse éstas sin lesionar el principio de la independencia judicial. Luego se entra de lleno a la ordenación del debate y la resolución de incidentes, analizándose temas como la administración de los tiempos, oralidad versus lectura, publicidad y las facultades disciplinarias. Finalmente, se entrega un catálogo de ejercicios a ser desarrollados en los talleres, cuyo estudio previo puede facilitar su posterior resolución.

En la segunda parte se entra al análisis de la labor más paradigmática de los jueces, la de fallar. Se analiza la información que requiere el juez para resolver el juicio, cómo debe obtenerla, capturarla y procesarla. En cuanto a esto último, especial importancia se le da a la valoración de la prueba, base para el razonamiento judicial. Luego se analiza el fallo mismo, en cuanto a los estándares de prueba aplicables y la fundamentación de la sentencia.

II. CONDUCCIÓN DEL DEBATE

La imagen que seguramente todos compartimos de los jueces en un juicio oral – probablemente influenciada por las películas- consiste en la de unos señores, de aspecto respetable, que irradian tranquilidad y ponderación, capaces de llevar al orden a dos abogados cargados de pasiones que no se dan tregua en su confrontación. Esta imagen de los jueces está construida sobre la idea de que ellos operan como árbitros entre las partes, velando porque el juicio no se desnaturalice y sirva efectivamente como un instrumento para probar alguna de las teorías del caso que se encuentran en pugna. En tal visión, a los jueces el resultado mismo del juicio –entendido como una sentencia de absolución o condena- les es totalmente indiferente.

¿Es esta la función y la situación en que se encontrarán nuestros jueces en el nuevo sistema procesal penal? En parte sí y en parte no, ya que su posición es más compleja que la de quien asume solamente este rol de árbitro de un debate en que los actores principales son otros. Nuestros jueces deberán representar en el curso del juicio no uno sino dos roles que, llevados a sus extremos, pueden generar fricciones entre sí. Nuestros jueces, en el nuevo sistema, además de ser los encargados de la conducción del debate, tendrán también bajo su responsabilidad la trascendental misión de resolver en definitiva el asunto que es el objeto del juicio. Como se sabe, esto no es así en todas partes, los sistemas que contemplan la existencia de un jurado persiguen, entre otros fines, precisamente separar nítidamente ambas funciones.

A nuestros jueces, entonces, no les bastará, por ejemplo, con preocuparse que el examen de un testigo se lleve a cabo en forma legítima, que no se le hagan preguntas prohibidas o se le acose de tal forma que no pueda prestar libremente su testimonio. No deberán sólo preocuparse de que se desarrolle dicho testimonio dentro un período de tiempo razonable, con el fin que las audiencias no se prolonguen indefinidamente. Deberán, adicionalmente, extraer de dicho testimonio antecedentes útiles para la formación de la convicción que ellos mismos deben formarse sobre la inocencia o la culpabilidad del imputado.

Esta dualidad de misiones convierte en algo mucho más complejo la función judicial en el transcurso del juicio oral y si bien para efectos analíticos sería posible diferenciar una de otra, en la práctica ambas se confunden y superponen en situaciones en que muchas veces lo que beneficia a una de ellas, va en contra de la otra. Por ello, comenzaremos el análisis del rol del juez como conductor del debate precisamente deteniéndonos en la vinculación entre esta función y la necesidad de formarse convicción sobre el fondo del litigio, para luego seguir por los aspectos ya más específicamente vinculados a la tarea de conducción y administración del debate.

1. **Facultades probatorias**

Cualquiera que tenga que resolver un problema o adoptar una decisión desea contar con la mayor cantidad de información que le sea posible conseguir. En tal situación se encuentran, sin lugar a dudas, los jueces que integran un tribunal en lo penal. ¿Qué deben hacer esos jueces si en un juicio ven que una de las partes no interroga a un testigo sobre un hecho que bien puede ser crucial para la decisión del asunto? Por ejemplo, si el Fiscal no le pregunta a un testigo presencial si es el inculcado a la persona que vio disparando. ¿Qué deben hacer esos mismos jueces si ven que un abogado negligente o inexperto deja de presentar pruebas que podrían determinantes para decidir sobre la responsabilidad de a su cliente? Como sucedería si un defensor no explorara una tesis de legítima defensa que resulta evidente.

Diversas disposiciones del nuevo Código entregan a los jueces facultades probatorias que les permiten intervenir en el debate, aunque bajo fuertes restricciones. Es así, como se autoriza al tribunal para formularle preguntas a los testigos y peritos, una vez que concluya su interrogatorio por las partes. Se le faculta para ordenar de oficio declaraciones complementarias de testigos o peritos que ya hubieren declarado, o confrontarlos entre ellos o con los acusados. Adicionalmente, se permite que el tribunal de oficio, por una sola vez, puede ordenar la presentación de pruebas nuevas no vertidas durante el juicio, cuando lo considere indispensable para el esclarecimiento de los hechos.

No es posible –ni conveniente- desarrollar pautas precisas de situaciones en que se justifican tales intervenciones de los jueces. La evolución de las habilidades litigantes de los abogados y las propias características de cada caso concreto, marcarán las diferencias. Sin embargo, es necesario señalar que la propia lógica del juicio oral, que anteriormente en estos mismos materiales hemos ido develando, obliga a ser muy cautelosos en el uso de estas facultades ya que ellas bien pueden ir en contra de principios centrales en torno a los cuales éste se construye. Por lo pronto, la situación de igualdad de armas en que deben encontrarse las partes se ve cuestionada cuando es el tribunal, el mismo que debe zanjar las disputas entre ellas, el que comienza a intervenir de una forma que podría estimarse beneficia a una de ellas.

La contrariedad del debate, este juego dialéctico en que a través de preguntas y respuestas nos vamos acercando a una verdad –que bien puede ser distinta a la verdad material, discusión que no es del caso ahondar aquí- se puede ver frustrada al intervenir la autoridad última del litigio. Pues, luego de intervenir los jueces, ya no pueden los abogados ir nuevamente sobre el testigo para que precise o contextualice sus respuestas. Tampoco pueden los abogados, ya que no tendrían a quien acudir, impedir que los jueces hicieran preguntas que excedan el marco de lo permitido. Nos cuesta imaginar como un abogado pudiera objetar una pregunta hecha por el Juez Presidente por ser capciosa u otra razón similar.

Por lo demás, hemos visto a lo largo de este trabajo que, en alguna medida, un juicio puede ser entendido como un conjunto de decisiones estratégicas que cada una de las partes asume e implementa. Se trata de decisiones como si conviene o no presentar a tal testigo, si es bueno o no hacerle tal pregunta (si no se la hago yo quizás se la haga mi contraparte y

eso puede ser peor, etc., etc.). Tales decisiones deben ser asumidas por quien conduce el caso, por quien lo ha estudiado con anticipación y ha planificado su desarrollo, por quien conoce los antecedentes y pruebas que serán vertidos en él. En tal calidad se encuentran naturalmente los abogados, ya sea de la fiscalía o de la defensa, quienes a través del tiempo han preparado su caso, investigándolo, estudiándolo, seleccionando las piezas con las cuales desean armar el rompecabezas. Los jueces, en cambio, se acercan al caso sólo a partir del juicio y tienen conocimiento del mismo sólo en la medida que éste se va desarrollando, a través de los antecedentes y las pruebas que les aportan las partes.

Resulta lógico también que dichas decisiones estratégicas se tomen en función de lo que la contraparte puede hacer o dejar de hacer, pues frente a ello uno puede desarrollar una actividad reactiva, que es precisamente lo que permite un sistema contradictorio. Nada de ello sucede cuando es el Juez y no la parte quien actúa, situación frente a la cual nada puede hacerse, sino simplemente aceptar, pasivamente, este inesperado desarrollo de los acontecimientos. En definitiva, tras el juicio oral está el presupuesto que la mejor forma de acercarse a la verdad –a una verdad necesaria para decidir sobre la responsabilidad penal de una persona– es a través de un juego competitivo entre las partes, en virtud del cual lo que haga una puede ser contradicho por la contraria. La sola inquisición por parte de un actor, por muy calificado que sea, no nos da suficientes seguridades de dar con tal verdad.

Más allá de estas consideraciones sobre la contradictoriedad y la igualdad de armas, principios que animan todo el juicio oral, es la necesaria imparcialidad del tribunal la que impulsa a ser muy cautos en la utilización de esta facultad. En otros términos, el rol del juez, encargado de decidir imparcialmente el litigio, impide en forma terminante que éste asuma la función de una de las partes, por mal que ésta lo esté ejerciendo, y por muy injusto que sean los resultados que de ello puedan derivarse. Porque quien asume el rol de una parte, por muy accidentalmente que lo haga, pierde este atributo esencial a la hora de juzgar.

Entonces, la primera restricción al uso de las atribuciones que poseen los jueces, respecto a la generación de prueba en el juicio oral, es que ellas nunca pueden ser usadas en beneficio o en detrimento directo de una de las partes. Ellas sólo pueden tener por finalidad aclarar dudas o llenar lagunas, pero nunca imponer una estrategia del caso distinta a la que se encuentran desarrollando las partes.

Ciertamente en esto también es posible introducir algunos matices, ya que no resulta absolutamente idéntica la situación en que se encuentra la defensa que la fiscalía. En el caso de esta última, hay toda una institución del estado comprometida con el éxito de una causa, con todos los recursos de que dispone para ello, por lo que cuesta justificar que vengan en su auxilio los jueces de la causa. La situación de la defensa, por mucho que se avance en fortalecer una defensa pública, probablemente, en la generalidad de los casos será diversa. Claro, que tampoco podemos olvidar que quizás nos encontremos con juicios orales en que él imputado despliegue más recursos que el estado.

Pero aún más importante que el argumento anterior, son los disímiles resultados que se producen fruto de una mala actuación de las partes, lo que no debiera dejar indiferente a los jueces. Si es la fiscalía la que se equivoca, simplemente el delito quedará sin

responsable. Si es la defensa la que yerra, puede ser que un inocente termine preso. Ya sabemos el dicho: “mejor un culpable libre que un inocente preso”. Lo anterior es congruente con las normas que delimitan la competencia del tribunal. Como se sabe, el tribunal no puede condenar al imputado por hechos distintos a los que han sido objeto de la acusación –por lo que mal podría desplegar diligencia probatoria alguna para acreditarlos-, pero bien puede absolverlo por circunstancias jamás esgrimidas con anterioridad por la defensa.

En el contexto que venimos describiendo resultará esperable que el tribunal le formule a los testigos aquella pregunta que quizás los abogados consideraron era “la pregunta de más” y por ello no se la hicieron. Con tal pregunta podrán contextualizar su declaración o darle la posibilidad al testigo de explicar lo que ha declarado. Así cuando a un testigo se la ha impuesto una respuesta de un sí o un no por el abogado, sin darle la oportunidad para explicar el sentido de esa afirmación, puede resultar pertinente que el tribunal le dé posteriormente al testigo la oportunidad de explayarse. Igualmente esperamos que el tribunal pregunte para aclarar hechos sustantivos que han quedado oscuros luego de la declaración del testigo.

Las preguntas del tribunal serán entonces del tipo:

- Señor Pérez, queremos que nos aclare a qué se refiere cuando dice que no puede señalar sin el imputado es la persona que estaba en la escena que Ud. presencié: no lo puede reconocer porque no vio en ese momento al hechor; por qué no lo recuerda, o simplemente porque no es.
- Señora Torrealba, cuando Ud. dice que no puede asegurar que las muestras sobre las que realizó su examen no hayan sido manipuladas por terceros, se está refiriendo a que nunca Ud. puede dar absoluta fe sobre ellas, o a que en este caso concreto ocurrieron circunstancias excepcionales que no le permiten dar fe.

Es importante resaltar que cuando el tribunal hace este tipo de preguntas no sólo gana para su misión de juzgador, sino también cumple con el principal objetivo que tiene en la conducción del debate, que no es otro que velar porque la información que él genere sea de calidad. No es de calidad la información incompleta. No es de calidad la información que se obtiene fruto del acoso a un testigo. Tampoco lo es la obtenida a través del error o la confusión inducida a ese mismo testigo o perito. Volveremos más adelante sobre este mismo tema, sólo nos resta agregar que de esta forma el tribunal, adicionalmente, cumple con otro objetivo: entregarle legitimidad al juicio oral. Tal legitimidad se obtiene cuando las personas llamadas a concurrir a ellos como testigos o peritos se sienten que han sido realmente escuchadas, que se les ha dado la oportunidad de entregar su información y que no han sido manipuladas o se ha abusado de ellas.

Puede ser también una buena oportunidad para que el tribunal, por ejemplo, pueda aclarar las dudas que a él mismo le han quedado sobre el testimonio técnico de un perito, tal como en el caso Burna se le pregunta al perito sobre el margen de error existente en el reconocimiento de una huella a partir de 12 puntos y no de 14, como fija el estándar.

Algo similar puede decirse de la facultad del tribunal para ordenar la práctica de nueva prueba. En su ejercicio el tribunal no puede apartarse del marco de su competencia, que se encuentra fijado por la acusación y la contestación a la misma. No puede –y sería bastante inviable por lo demás hacerlo– pretender a través de ellas parar una nueva estrategia de acusación o defensa. Su sentido es simplemente permitir que quien tiene que emitir la sentencia tenga la posibilidad de contar con los antecedentes que a su juicio son indispensables para pronunciarse sobre la teoría del caso de una y otra parte. Una hipótesis posible para el ejercicio de esta facultad sería la necesidad del tribunal de contar con una pericia no presentada al juicio sobre un aspecto técnico que considere indispensable para fallar, como un examen de ADN o un peritaje balístico.

Las diversas restricciones que impone el legislador a la utilización de sus facultades probatorias por parte del tribunal persiguen circunscribirlas en el sentido que hemos venido describiendo. Las preguntas a los testigos sólo pueden ser formuladas por el tribunal **cuando haya concluido su examen directo y contraexamen**. La facultad de ordenar la presentación de pruebas nuevas sólo puede ejercerse de oficio **por una sola vez y cuando sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos**.

Tratándose de un tribunal colegiado resulta además de particular importancia que quienes lo integran adopten una política similar o consensuada sobre estos temas. En su actual versión, ni las normas del CPP ni las del Código Orgánico de Tribunales aclaran suficientemente a quién les corresponderá asumir estas funciones durante el juicio. Si bien la tarea de conducir el debate le es asignada al Juez Presidente, la de formarse convicción les corresponde a todos, por lo que bien podría pensarse que las facultades de interrogar, por ejemplo, pueden ser asumidas por cualquiera de los jueces que integran el tribunal. Otra interpretación posible es que deban hacerlo previo acuerdo entre ellos. Apoya esta tesis que el Código conceda estas facultades de interrogar o incorporar prueba de oficio al “*tribunal*” y no a cada uno de sus integrantes, debiendo entonces el tribunal decidir en este caso de acuerdo a las normas generales que regulan sus acuerdos.

2. Ordenación del debate y resolución de incidentes.

La tarea de conducir el debate se reduce fundamentalmente a estas dos misiones. Por una parte, el tribunal tiene la responsabilidad de que el juicio se desarrolle según lo prescribe la ley cumpliéndose, de la mejor manera posible, cada una de sus etapas. Por la otra, el tribunal debe resolver todas las diferencias que entre las partes surjan durante el juicio, así como peticiones concretas que éstas le formulen. Veremos por separado cada una de estas funciones.

Se trata de responsabilidades que, tal como señalábamos anteriormente, recaen en forma exclusiva en el Juez Presidente¹ y no en la totalidad de los magistrados que integran

¹ Al Juez Presidente le corresponde, además, preparar la realización de la audiencia oral. El auto de apertura de juicio oral, dictado por el Juez de Garantías, acompañado de los antecedentes correspondientes, debe ser enviado al Tribunal Oral en lo Penal competente luego de su notificación. Allí será distribuido, conforme a las normas pertinentes del COT y las disposiciones

el tribunal. El CPP le confiere al Juez Presidente el rol de director del debate, entregándole la conducción del mismo, el manejo de la disciplina y la resolución de los incidentes y solicitudes que formulen las partes. De más está decir que nada obsta –y todo aconseja– que la resolución de los aspectos más complejos las adopte el Juez Presidente previa consulta a sus pares.

2.1 Ordenación y administración del debate.

Este tema es posible abordarlo en función de lo que el tribunal debe hacer al interior de cada juicio de que está conociendo para su correcto desenvolvimiento. Pero también es posible observarlo desde una perspectiva más amplia, ya que al tribunal no le interesa solamente que sea manejable y llegue a buen puerto cada uno de los juicios concretos en que debe intervenir. Tiene, a la vez, una misión mucho más amplia consistente en conseguir que un vasto conjunto de asuntos que están a la espera de ser resueltos en un juicio oral, puedan tener cabida dentro del sistema en un tiempo razonablemente breve. Más allá de los auxilios administrativos que reciba el tribunal para manejar de la manera técnicamente más adecuada su agenda, no hay dudas que es ésta una responsabilidad que antes que nadie recae en los propios jueces y, fundamentalmente, en los Jueces Presidentes.

Así, las decisiones en torno a la forma de desarrollo del debate que se adopten en su transcurso, deben fundarse no sólo en las exigencias específicas del caso de que se trate, sino también en la disponibilidad material y física con que cuenta el tribunal y, lo más importante, sopesando las consecuencias que ellas habrán de tener en otros casos que debe ver la misma sala.

El tribunal deberá desarrollar una gran habilidad para predecir –y ajustar a dicha predicción– la duración de los juicios. Como se sabe, los principios de continuidad y concentración exigen que el juicio se desarrolle sin interrupciones y en audiencias sucesivas, si se hace necesario, hasta llegar a su conclusión. Por ello la duración que se le asigne ex antes al juicio será determinante para agendar otros juicios con posterioridad. Si el Tribunal yerra en su predicción se dará una de dos situaciones, ambas muy nocivas para el funcionamiento general del sistema: si el juicio se alarga más de lo presupuestado, se superpondrá con otro agendado para la misma sala, con lo que deberá suspenderse el segundo ya que resulta imposible que se lleven paralelamente dos juicios o, si el juicio dura menos de lo preceptuado, se generará un tiempo muerto en que quedarán ociosos los recursos del tribunal.

internas de ese tribunal, entre las diversas salas que lo componen. El Presidente de esa sala deberá señalar la fecha de realización del juicio (entre 15 y 60 días después de notificado el auto de apertura), indicando el nombre de los jueces que integrarán el tribunal y ordenará practicar las citaciones que sean necesarias.

También le corresponde dar inicio al juicio oral, haciendo la exposición del auto de apertura.

Los principios de continuidad y concentración exigen reducir al mínimo las hipótesis de suspensión de las audiencias.² El CPP establece este criterio, señalando que sólo por razones de absoluta necesidad el tribunal podrá suspender el juicio y por el menor tiempo. Reguladas por la ley se encuentran como causales de suspensión la necesidad de resolver una cuestión previa civil, la no comparecencia del imputado y cuando éste cayere en demencia después de la comisión del delito. De ellas, la no comparecencia del imputado probablemente será una de las más comunes, pero también lo serán otras que no están expresamente identificadas por el legislador, como ser problemas que se le presenten al tribunal, la fiscalía o a los testigos y peritos, que les impidan su presencia en el juicio. De hecho, se establece que ante la no comparecencia al juicio de un testigo o perito, el tribunal puede ordenar su conducción por medio de la fuerza pública, lo que obviamente exigirá suspender la audiencia. Lo mismo podrá suceder cuando el tribunal, de oficio o a petición de parte, ordene la recepción de prueba nueva, caso en el cual la suspensión no podrá extenderse por más de cinco días, período en que los jueces no podrán ver otro juicio.

El compromiso de los jueces con el éxito del nuevo sistema exige que ellos en todo momento persigan minimizar los tiempos empleados en las audiencias, así como los tiempos muertos que se generan entre ellas. Como es obvio, la gran restricción en este sentido la constituyen los derechos que asisten a cada parte y los principios que informan al juicio oral. Sin embargo, la vigencia de tales derechos y la aplicación de esos principios siempre deja un margen para decisiones más o menos eficientes, para juicios más o menos largos.

Los tribunales, a partir de la experiencia que vayan acumulando y con el apoyo del equipo administrativo con que contarán, podrán ir construyendo estándares de duración de los juicios que permitan minimizar los márgenes de error en cada caso. Discriminando en atención al tipo de delitos; impacto de los mismos; número de imputados y víctimas; existencia o no de querellantes; naturaleza de la defensa, y cantidad de testigos, peritos y prueba material que se rendirá en el juicio -antecedentes todos que serán conocidos con anterioridad por el tribunal-, se podrán anticipar con bastante certeza la duración probable del juicio.

El principio de contradictoriedad, que sitúa en buena medida en las partes el impulso del juicio, y exige la constante intervención de ambas en cada una de sus etapas,

² Los principios de continuidad y concentración del juicio están directamente asociados con el de inmediación, ya que son condiciones para que ésta sea posible. El CPP, como es natural, exige la presencia continuada durante todo el debate de todos los miembros que integran el tribunal, bajo la sanción de nulidad del juicio. Igual sanción se prevé para el caso de ausencia del fiscal del Ministerio Público. No sucede lo mismo con la presencia del imputado, pues si bien éste tiene derecho a presenciar el juicio, puede no querer ejercerlo o el tribunal puede ordenar su retiro de la sala de audiencias cuando perturbe el debate, lo que en ningún caso acarrea la nulidad. Pese a que es un requisito de validez del juicio la presencia del defensor, la no comparecencia de éste no permite la suspensión del juicio, sino genera la obligación del tribunal de designar un defensor de oficio. Obviamente, esta última debiera ser una solución de aplicación excepcional, por las serias consecuencias que tiene para el ejercicio del derecho a defensa, debiendo ser lo más común que de antemano se fije la fecha de la audiencia en un día en que el defensor no se encuentre imposibilitado de asistir. De sobrevenirle algún impedimento, será su responsabilidad encontrar quien lo reemplace adecuadamente, siendo ésta otra de las razones que permiten predecir la reforma alentará la constitución de estudios de abogados pluripersonales.

llevado a un extremo, puede convertir a los juicios en eternos. ¿Resulta razonable, por ejemplo, que una parte se tome una hora para acreditar la experiencia de un perito? ¿O que un abogado repita en su contraexamen casi en forma íntegra el examen directo del testigo? Indudablemente la respuesta a éstas y muchas otras preguntas sobre situaciones similares que uno podría hacerse va a depender de las circunstancias específicas de cada caso. Empero, hay algunos criterios básicos que pueden orientar la forma como resolverlas:

- Las partes siempre tienen que tener claro que el manejo último de los tiempos es una atribución del tribunal. Para ello lo conveniente es que reciban señales claras por anticipado al respecto y, lo más importante, señales que sean parejas para ambas partes.
- Debe reconocérsele a las partes el derecho a definir su propia estrategia para presentar sus argumentaciones y su prueba. Son ellas las responsables profesionalmente del caso. La intervención del tribunal para restringir la intervención de una parte, debiera limitarse a los casos en que sea absolutamente claro que ella le está haciendo perder el tiempo a los jueces. Debiera en tal sentido concedérseles un cierto “beneficio de la duda” a los abogados ya que es muy difícil para un tercero saber de antemano qué pretende o a donde quiere llegar, por ejemplo, con su interrogatorio. Pararlo antes de tiempo puede destruir una buena línea de defensa de esa parte. En todo caso, siempre existe en esta eventualidad la posibilidad de que el tribunal converse reservadamente con el abogado que aparece dilatando el juicio –obviamente con su contraparte presente para no romper la bilateralidad–, para enterarse de si lo que está haciendo puede o no tener sentido, sin que conozcan el sentido de esa conversación ni el testigo ni el público.

Es distinta la situación, por ejemplo, del abogado que se da vueltas y vueltas eternamente sobre un mismo punto, cuando ya ha quedado en evidencia que no obtendrá nada en él o cuando se trate de un hecho ya suficientemente acreditado; que la de aquél que explora un tema nuevo, que por muy desvinculado que pueda parecerle al tribunal respecto al objeto de la discusión, puede obedecer a una estrategia cuyo destino sólo esa parte conoce.

Nos parecerá natural entonces que el tribunal evite que se le reitere a un testigo una y otra vez una misma pregunta, aunque formalmente se la disfrace como cuestionamientos diversos. Si el testigo niega categóricamente haber visto a más personas en el lugar de los hechos, poco se puede ganar aceptando que se le pregunte una y otra vez sobre tal punto o si se le interroga respecto a la posibilidad de haber habido personas escondidas sin que él las haya visto. Por el otro lado, consultas a un testigo sobre historias antiguas, aparentemente desvinculadas con los hechos del juicio pueden resultar cruciales para acreditar, por ejemplo, un móvil para el delito, elemento nada trivial para la configuración de la responsabilidad.

- Resulta especialmente funcional al objetivo de reducir el tiempo dedicado a las audiencias que las partes lleguen a acuerdos explícitos respecto a ciertos hechos en los cuales no hay controversia. Este es un tema no regulado en el nuevo CPP, pero que perfectamente podría ser objeto de desarrollo jurisprudencial. Ya lo veremos más adelante, pero podemos anticipar que será esta una importante función del Juez de Garantías en la audiencia de preparación del juicio oral, sin que ello sea óbice a que el

Tribunal en lo Penal complemente o delimite en mejor medida estos acuerdos o bien los extienda a puntos originalmente no comprendidos. Para ello, probablemente, resultará indispensable que el tribunal tome la iniciativa al respecto. Así, por ejemplo, si la estrategia de la defensa ante un homicidio es la legítima defensa ¿qué objeto puede tener destinar largos espacios de tiempo a recibir prueba testimonial, pericial o documental, sobre el hecho de que se trató de una muerte violenta y no natural?

- En el mismo sentido, también deberán evitarse la presentación de más medios probatorios de los necesarios. Si un hecho lo presenciaron un número muy alto de personas, ¿deberemos escuchar el testimonio de todas ellas para poder darlo por acreditado?, el sentido común nos dice que no. Nuevamente éste es un tema que en principio debiera ser de resorte del Juez de Garantías en la audiencia de preparación del juicio oral, pues allí se fijan las pruebas que han de rendirse en el juicio oral. Pero nada debiera impedir que el Tribunal en lo Penal promoviera con posterioridad, durante el juicio, acuerdos que eviten la recepción de determinada prueba cuando en ese momento quede claro que no aportará nada nuevo a lo que ya se ha conocido.

El CPP expresamente confiere atribuciones al Juez Presidente para ordenar la rendición de las pruebas, exigir el cumplimiento de las solemnidades que correspondan y moderar la discusión. Se señala que él podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero –congruentemente con lo que hemos dicho- sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho a defensa.

El Juez Presidente también puede, conforme a esa misma norma, limitar el tiempo del uso de la palabra a quienes deban intervenir durante el juicio, fijando límites máximos igualitarios para todas las partes o interrumpiendo a quien hiciere uso manifiestamente abusivo de su facultad. La única regulación que la ley hace a los tiempos mínimos disponibles señala que tratándose de los alegatos finales, los abogados deberán disponer, a lo menos, de quince minutos por cada día que hubiere durado el juicio.

Un tema en el cual debiera haber suficiente flexibilidad en el manejo que haga el tribunal, es el relativo al orden en que se presente la prueba y la forma como ésta se rinde. Se establece que la prueba debe recibirse en el siguiente orden:

- a) Peritos.
- b) Testigos.
- c) Documentos, objetos y otros medios.
- d) Inspección personal y reconstitución de escena,

Pero ese mismo artículo faculta al tribunal para alterar tal orden, cuando lo estimare necesario para el adecuado desarrollo de la audiencia. El orden de presentación de la prueba no es más que otra decisión estratégica de cada parte, no habiendo ningún inconveniente para que utilice este factor de la forma como estima más conveniente para su caso. Así, por ejemplo, en muchas oportunidades la participación de los peritos será más productiva cuando ya han declarado los testigos y se hayan, en cierta medida, fijado con precisión para el tribunal los hechos de la causa y los puntos sobre los cuales requiere de una opinión técnica para poder decidir.

Luego se establece la forma como se le toma declaración a los testigos y peritos, indicando que una vez que hayan prestado juramento el tribunal les debe dar la oportunidad para que informen libremente sobre los hechos que están en su conocimiento o que constan, en el caso de los peritos, en su informe. Se trata de una declaración no guiada por el abogado quien presenta al testigo o perito, el que sólo podrá formularle preguntas una vez que ella concluye. Aun cuando el Código no lo señala expresamente, no debieran haber impedimentos para que el tribunal facultara a los abogados a conducir las declaraciones de los testigos a través de sus preguntas, sistema más acorde con un juicio contradictorio y que, por lo demás, puede abreviarle al tribunal gran parte del tiempo destinado al examen del testigo. De otra forma, las declaraciones iniciales de los testigos serán por lo general vagas y generales y los abogados deberán volver sobre cada una de ellas en el momento de realizar su propio interrogatorio. Por lo demás, de no alterarse esta disposición lo más probable es que será común que las partes instruyan a sus testigos para que esta declaración inicial sea especialmente breve y poco precisa, para generar espacio a su propio trabajo interrogatorio.

Será común entonces escuchar a los abogados solicitar que los testigos declaren a partir de las preguntas que ellos directamente les formulen.

2.2 Resolución de incidentes

Al igual que hoy en día, todas las cuestiones que se susciten durante el juicio y requieran de la decisión del tribunal, caen dentro de la categoría de incidentes. Los incidentes constituyen así disputas parciales, frente a la general en que consiste el juicio. Sin embargo, a diferencia de la concepción que actualmente tenemos, en el nuevo sistema procesal los incidentes constituirán algo mucho menos formalizado y rutinario en su tramitación. En el contexto de un debate, los incidentes no son más que una manifestación de la contradictoriedad, de esta idea de que ninguna de las partes puede hacer algo sin que la otra tenga el derecho a oponerse o a realizar una actuación reactiva. Por ello, los incidentes, más que algo excepcional y accesorio, que desvía la atención frente a lo principal, son una manifestación más de la dinámica del juicio, están integrados a él, como lo están las preguntas o los alegatos que formulan los abogados.

Algunos de estos incidentes están expresamente reglados por el Código, como los que dicen relación, por ejemplo, con la incorporación de nueva prueba. Otros se desprenderán únicamente de los principios que gobiernan al juicio oral y que las partes, en su beneficio, tratarán que el tribunal cautele. Así las partes deducirá incidentes solicitándole al tribunal que adopte acciones para que el juicio efectivamente sea contradictorio, concentrado, continuo, público, oral, bilateral, etc. Cualquier hecho o actuación que a juicio de alguna de ellas vulnere estos principios –o, más directamente, las normas legales que los consagran- deberán ser atacados por esta vía.

Como se comprenderá, ello podrá estar constantemente ocurriendo, por lo que una de las principales misiones del tribunal será velar porque no se interrumpa innecesariamente el curso del juicio. Así, por ejemplo, el tribunal deberá estar pronto a

darle solución expedita a los incidentes que se generen, a fallar de plano aquellos que no requieran de mayor discusión y, fundamentalmente, a mandarles señales claras a las partes que no permitirá la interposición de ellos con fines simplemente dilatorios. Las potestades disciplinarias que posee el tribunal –que más adelante analizamos– lo permiten. Ellas mismas también deben dirigirse a evitar que a través del expediente de la interposición abusiva de incidentes se genere un clima en el juicio que haga imposible un debate razonable y pacífico entre las partes.

Los incidentes, sin perjuicio de las facultades del tribunal para proceder de oficio, deberán ser deducidos por las partes tan pronto se genere el hecho que los motiva. La dinámica del juicio oral, que impide o hace muy costoso volver atrás en su desarrollo, exige que esta facultad precluya inmediatamente. Las partes deberán estar atentas en todo momento al debate, no siendo razonable, por ejemplo, que intenten se impida una pregunta cuando ésta ya ha sido contestada por el testigo. Así como deben ser deducidos en el acto, deben también ser resueltos inmediatamente por el tribunal.

Por regla general los incidentes deberán ser resueltos previo debate, lo que implica la obligación del tribunal de solicitarle a la parte que lo interpone que lo fundamente –y pida que tales fundamentos sean reales y concretos y no una simple repetición, por ejemplo de una norma supuestamente violada– y a la contraparte que opine sobre el mismo –si se allana o no– y dé a conocerle también sus argumentos al tribunal. Sin embargo, el tribunal también podrá resolverlos de oficio cuando se refieran a hechos evidentes o se trate, por ejemplo, de la repetición de un punto ya zanjado. Sólo en este caso las partes tienen la posibilidad de reponer la resolución que se pronuncia sobre el incidente.

Los incidentes deben ser resueltos por el Juez Presidente de la sala. La lógica indica que ello es lo más eficiente para la generalidad de los casos, en que el principal objetivo será no se pierda el ritmo del debate. Sin embargo, resulta una vez más prudente aconsejar que los incidentes de mayor envergadura, aquellos que puedan eventualmente afectar la convicción definitiva del tribunal, sean consultados por el Juez Presidente con sus pares antes de fallarlos.

Debe recordarse que si la discusión a que da lugar el incidente puede tocar aspectos que resulta inconveniente que, por ejemplo, escuche un testigo que se encuentra prestando declaración, el tribunal siempre contará con la posibilidad de solicitar a las partes que se acerquen para que tal discusión se produzca en forma reservada, sin que en ningún caso ello importe violación al principio de bilateralidad.

La experiencia de los juicios orales indica que los incidentes más comunes son aquellos a que da lugar la interrogación de los testigos y peritos. Estos ya fueron tratados en extenso en estos materiales bajo el nombre de “objeciones”. Allí se señalan los criterios generales en que pueden fundarse: preguntas capciosas o sugestivas (las que restringíamos al examen directo); conclusivas; de opiniones a testigos no expertos; repetitivas; sobre hechos no probados; confusas, ambiguas o vagas; compuestas, y argumentativas. Los criterios para resolver estos incidentes no debieran apartarse de los antes señalados. Es necesario que el tribunal firmemente vele por la integridad del debate y evite que éste se descomponga a través de cualquiera de este tipo de intervenciones prohibidas. Pero también

se hace necesario que, al menos en un principio, le otorgue lo que hemos llamado un cierto beneficio de la duda a la parte, evitando sancionarla a menos que ostensiblemente caiga en alguna de las categorías anteriores, ya que es necesario “dejarla hacer su trabajo” para saber exactamente qué se propone y si ello es lícito o no.

Un incidente de especial importancia para el curso del juicio oral es el relativo a la admisión de prueba nueva. Las tensiones que hemos hecho notar con anterioridad se manifiestan con especial acento en este caso. La finalidad de allegar más información para alimentar la decisión, choca en este caso con la naturaleza esencialmente contradictoria del debate y con el método competitivo de búsqueda de la verdad en que éste se funda. La igualdad de armas exige que las partes sepan con anterioridad al juicio, por lo menos desde la audiencia de preparación del juicio oral, con qué se van a encontrar en él, para que puedan preparar su estrategia de ataque o defensa en función de ello. Antecedentes nuevos desvirtúan radicalmente ello.

Por lo mismo y por una exigencia básica del “juego limpio” que debe ser un juicio oral es que el primer criterio para resolver estos incidentes es que efectivamente se trate de una prueba nueva. Para estos efectos debe quedar fuera de tal categoría no sólo aquella prueba que se conocía anteriormente, sino también aquella que debió, con una diligencia razonable, conocerse. Con lo último queremos indicar que el término de la instrucción debe significar realmente el fin de la pesquisa. De no ser así, las partes –principalmente la fiscalía, por la situación de privilegio que a este respecto se encuentra- podría seguir con su trabajo investigativo durante la etapa que media antes del juicio, pudiendo así dejar en una posición de inferioridad a su contraparte.

Lo anterior resalta aún más la idea de que la admisión de este tipo de prueba debe ser absolutamente excepcional y rodeado de una muy sólida fundamentación. Igualmente, en esta situación el tribunal deberá velar especialmente por no dejar en una posición de inferioridad a la parte afectada por esta decisión, brindándole todas las facilidades para el ejercicio efectivo de sus derechos.

3. Algunos temas de especial interés que surgen en el debate.

La enorme variedad de situaciones que pueden darse en los distintos juicios las hacen realmente imposibles de predecir. Por ello, los jueces más que echar mano a soluciones tipos ideadas para cada una de ellas, a lo que deben recurrir una y otra vez para solucionarlas no es a otra cosa que a los principios en torno a los cuales se construye el juicio oral. Sólo una correcta y profunda asimilación de ellos va a permitirles resolver los problemas más insospechados en forma eficiente. Ello, obviamente, no significa pensar que todos esos problemas van a poder ser fácilmente encuadrados en un principio. La generalidad de ellos, lo más probable, se moverá en un área gris donde se presentan tensiones entre uno y otro. Así, por ejemplo, al resolver el tribunal el incidente en que una parte solicita se excluya una pregunta de la contraria por no tener conexión con el objeto del debate, deberá aquilatar la tensión que se produce entre el principio de la contrariedad del debate, que otorga a las partes la facultad de definir la estrategia de su caso, con el de la

concentración (brevedad) del mismo. Entonces, un buen juez será aquél que logra ponderar adecuadamente los distintos principios en juego, para así decidir en función de aquello que resulta principal cautelar, luego de haber escuchado detenidamente a las partes. Todo ello en forma rápida y a través de una resolución fundada, que sea clara y convincente, tanto a los ojos de las partes como del público.

Sin perjuicio de lo anterior, existen algunas situaciones particulares que por su cotidianeidad bien merecen un tratamiento especial, con el fin de explicitar las normas y principios que en esos casos entran a batallar.

3.1 Oralidad versus lectura

El nuevo juicio se define precisamente por ser oral, de allí el nombre del título correspondiente del Código de Procedimiento Penal. Se trata ésta, como se sabe, de una de las principales reformas que contiene el nuevo sistema procesal penal. Pero, aún cuando se busque una preeminencia absoluta de este principio, por su natural vinculación y condición para la vigencia de otros como la inmediación, concentración, contradictoriedad, publicidad, etc., tenemos que aceptar que en alguna medida, la menor posible ciertamente, se deban introducir antecedentes escritos al debate. Dos problemas plantea ello, por una parte cuándo y cuáles son admisibles, y qué valor probatorio tienen, por la otra. Por ahora sólo nos limitaremos a abordar las primeras interrogantes.

El principio general de la oralidad lo consagra el CPP estableciendo que todas las alegaciones, declaraciones, recepción de pruebas, resoluciones y sus fundamentos, etc., deben hacerse en forma oral durante la audiencia. Se señala expresamente la prohibición de aceptar la presentación de escritos de las partes o demás intervinientes. Sólo excepcionalmente se acepta que se expresen por escrito quienes no lo puedan hacer de otro modo, sin perjuicio de que deba procederse a la lectura de lo que escriban. Ya veremos más adelante las modalidades de registro que se han previsto para conservar lo expresado verbalmente durante la audiencia. Luego se reitera esta idea al prohibir que se den lectura durante el juicio a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público. Tal prohibición es absoluta –es decir, no proceden las excepciones que veremos más adelante- tratándose de actuaciones o diligencias declaradas nulas.

Una primera advertencia que surge de lo anterior, fundada en lo que ha sido la experiencia de audiencias orales en otros juicios en Chile y en otros países, es que la oralidad no es una simple exigencia formal que puede implicar, por ejemplo, tener que leer presentaciones elaboradas previamente por escrito o piezas y partes completas del expediente. Ello no sería más que una teatralización de algo que no sería realmente oral, en la forma como entiende la oralidad el Código. Por una parte, porque la sola lectura de piezas de la instrucción impide el contacto directo entre el juez y la evidencia que se busca y que ésta pueda ser contradicha por la contraparte.³ Pero también, porque la preparación

³ El CPP impide que la declaración de testigos o peritos sea suplida por la lectura de los registros donde constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren.

por los abogados de alegaciones escritas, necesariamente elaboradas con anterioridad, implica que ellas no podrán ajustarse con fidelidad al debate generado en el juicio, cuyo desarrollo es imposible de predecir a cabalidad, por lo que obligarán al tribunal y al público a escuchar quizás frases muy bien elaboradas pero, con seguridad, descontextualizadas del debate.

Hemos visto anteriormente lo nocivo que puede ser para el desarrollo de una estrategia del caso el que los abogados se encasillen, por ejemplo, con interrogatorios escritos con anticipación. Ello no se opone a que los abogados puedan elaborar minutas que les ayuden a recordar los principales tópicos sobre los cuales deben recaer sus preguntas o sobre los cuales deben hacerse cargo en sus alegaciones, pero ello es, como bien sabemos, muy distinto a la preparación anticipada de un listado de preguntas o de un discurso.

En todo caso, el CPP acepta en determinadas situaciones, todas ellas claramente excepcionales, la lectura de declaraciones de testigos, peritos e imputados. Resulta pertinente detenernos en ellas y ver, aunque brevemente, el rol que en cada una deben asumir los jueces:

- El primer caso es el de la prueba anticipada, que es aquella rendida bajo similares condiciones de oralidad y contradictoriedad que las del juicio pero, por situaciones excepcionales, ha debido ser recibida por el Juez de Garantías. Es admisible incorporar esta prueba sólo cuando efectivamente los testigos que la hayan rendido hubieren posteriormente, y antes del juicio, fallecido, caído en incapacidad física o mental, estuvieren ausentes del país, se ignorare su residencia o por cualquier otro motivo difícil de superar no pudieren declarar en juicio.
- También es posible incorporar por medio de la lectura antecedentes que constaren en registros o dictámenes, en el caso que todas las partes lo acordaren y el tribunal acceda a ello. Se trata ésta de una facultad que bien administrada puede ser de suma importancia para abreviar el desarrollo del juicio oral y simplificar la resolución del tribunal. Sin embargo, éste deberá poner especial atención en impedir que a través de esta vía se genere una práctica, alentada por la comodidad o la simple rutina, que tergiverse el sentido genuinamente adversarial y oral del debate. Por ello, deberá procurarse no solamente asegurar que el acuerdo fue real y debidamente informado entre las partes, sino también que éste no inhiba un auténtico debate sobre los aspectos centrales que requieren de decisión.
- Pueden introducirse por medio de lectura las declaraciones de testigos, coimputados o peritos, cuando su incomparecencia fuere imputable al acusado. Debe al respecto tenerse presente que uno de los temores que más comúnmente se expresan respecto al juicio oral guarda precisamente relación con que estén dispuestos y se presenten efectivamente a declarar en una audiencia pública los testigos de un delito, pues puede resultar muy fácil amedrentarlos e inhibir su participación para así echar abajo la acusación. Esta norma persigue resguardar tal situación. Pero debe tenerse muy presente que se trata de una sanción y realmente de una grave sanción para la parte que deberá aceptar en su integridad una declaración –naturalmente negativa para sus intereses- sin posibilidad de hacer nada para retruclarla. Por ello, la aceptación de este

tipo de prueba deberá dar lugar a un incidente de compleja tramitación donde deberá acreditarse en términos precisos la responsabilidad del imputado en la ausencia de estos testigos o peritos

- Pueden leerse también las declaraciones prestadas por coimputados rebeldes ante el juez de control de la instrucción. En este caso, los fines del debate y la formación de convicción pueden entrar en abierta pugna. Desde el primer punto de vista, parece razonable incorporar esta prueba sin dilatar la realización del juicio. Desde el punto de vista de la convicción la situación es distinta, ya que bien puede una persona “cargar” con la responsabilidad por el delito a su coimputado para luego desaparecer, sin que en tal situación ese testimonio pueda ser sometido al test de suficiencia que implica un contraexamen. Las amplias facultades con que cuenta el tribunal para apreciar la prueba y la exigencia de coherencia que ésta debe cumplir con el resto de la evidencia vertida en el juicio, debieran ser suficientes garantías para aminorar los riesgos que importa incorporar de esta forma estos testimonios.
- Finalmente, es posible la lectura de informes periciales cuando fuere imposible obtener la asistencia de un perito o realizar otro peritaje. Las limitaciones para permitir que la prueba pericial se incorpore sin debate son más laxas que las existentes respecto a la testimonial, ya que no se requieren se reúnan circunstancias muy calificadas en este caso que justifiquen la ausencia del perito, ni se exige que haya habido un debate previo durante la instrucción sobre el informe. Ello se justifica precisamente en el carácter técnico de la opinión del perito, en principio rodeado de un cierto halo de imparcialidad. Sin embargo, nada obsta para que tal calidad técnica sea destruida o al menos atacada en el juicio, para lo cual las partes pueden echar mano a cualquier otra evidencia. Ahora bien, debe tratarse de una auténtica imposibilidad de asistencia y no de simplemente, por ejemplo, tener el perito otros compromisos laborales el día del juicio.

El CPP permite también la lectura ya no para incorporar evidencia o prueba al juicio, sino simplemente para aclarar la memoria de los testigos y peritos o para superar contradicciones con declaraciones anteriores. En principio, la lectura para superar olvidos debiera circunscribirse al examen directo del testigo, que es la oportunidad que éste tiene para hacer un relato completo de aquello que presencié o se enteró. Las lagunas que en este momento se le generen, podrán ser tratadas de llenar por esta vía siempre y en la medida que no aparezca que por ella se está guiando el testimonio en una determinada dirección.

Al estar circunscrito el contraexamen a lo que el testigo ya declaró, los olvidos no parecen ser un objeto a ser superado en esta etapa del interrogatorio. Sí lo podrán ser cuando tales olvidos no constituyan sino una manifestación de contradicciones con declaraciones anteriores, hipótesis propia de aclaración en el contraexamen. Pues aquí interesará a la parte contra quien se presenta el testigo aclarar sus múltiples versiones frente al hecho, evidenciando la real credibilidad del testigo.

En todo caso, demás está decir que una y otra lectura en ningún caso convierten a lo leído en prueba con poder de convicción en el juicio. Siempre está se circunscribe única y exclusivamente a lo declarado por el testigo. Adicionalmente, debiera haber una diferencia

en términos prácticos entre ambas lecturas. Aquella que se hace para aclarar la memoria del testigo debiera efectuarla éste en silencio, de forma que lo que el tribunal escuche sea solamente su declaración. En cambio, la destinada a superar contradicciones debiera ser en voz alta, ya que interesa en este caso que el tribunal conozca el alcance y sentido de la supuesta contradicción. El tribunal deberá velar porque se cumplan las formalidades que deben rodear la utilización de declaraciones previas, las que anteriormente han sido descritas en estos materiales, las que precisamente persiguen asegurar que por esta vía no se rompa con la oralidad del debate y se tenga certeza sobre la naturaleza de la declaración previa que se utiliza para aclarar la laguna o salvar una contradicción.

Finalmente, la oralidad exige que los documentos que se deseen incorporar sean leídos en el juicio y los objetos exhibidos o reproducidos, si se tratare de grabaciones. El CPP permite que el tribunal autorice excepcionalmente que se haga una reproducción parcial o resumida de esta evidencia. Esto llama la atención sobre la necesidad de que el tribunal, o más precisamente el Juez Presidente, al igual que lo deben hacer las partes, cada uno en el ámbito de sus atribuciones y responsabilidades, planifique con todo detalle el desarrollo del juicio previendo de antemano decisiones como éstas, que no sólo no deben aparecer como precipitadas o descoordinadas durante el debate, sino también deben estar acompañadas de antemano con todos los aspectos prácticos y organizacionales que exige su implementación.

3.2 Publicidad

La publicidad del juicio oral está establecida tanto en función del caso específico que se juzga, como en interés de la justicia en general. En el primer sentido la publicidad persigue que todos los intervinientes en el pleito tengan total y completo conocimiento de lo que en él está sucediendo, para que así puedan desarrollar su estrategia del caso con igualdad de armas –idéntica información- y puedan, en la oportunidad adecuada, ejercer los derechos que un juicio adversarial les reconoce. La publicidad también persigue que los efectos socialmente beneficiosos de un juicio se extiendan a la comunidad: que ella conozca los resultados de los litigios y pueda entonces adecuar su conducta a las señales que con ellos les envían los tribunales. En fin, la publicidad sirve como el más eficaz sistema contralor tanto del sistema judicial en general, como también de los jueces y demás funcionarios judiciales y de los propios abogados. El secreto, para todos ellos, se constituye en un eficaz manto de impunidad, especialmente grave en este caso pues no hay formas alternativas para los ciudadanos y los defendidos para, primero, darse cuenta de situaciones irregulares o negligentes y, luego, poder promover su sanción.

El CPP reconoce que este principio puede entrar en pugna con otros valores, como la intimidad de las personas, el honor, la seguridad y determinadas formas de secreto protegidas por la ley, permitiendo que, en virtud de tales consideraciones, el tribunal, a petición de parte y por resolución fundada, pueda restringirlo. Así entonces, el tribunal puede:

- Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúe la audiencia.

- Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas.
- Prohibir a los defensores o sus intervinientes entregar información o formular declaraciones a los medios de comunicaciones durante el desarrollo del juicio, bajo la amenaza de aplicarles algunas de las sanciones disciplinarias que más adelante veremos.
- Ordenar el abandono de la sala del acusado de audiencia del acusado que perturbe el orden de la audiencia principal, caso en el cual a su regreso el tribunal debe informarle de lo ocurrido durante su ausencia.

Establecer con precisión las circunstancias de hecho que justifican el secreto de un juicio oral sin dudas será materia de desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, deberá evitarse la tentación, sobretodo en un comienzo de este tipo de juicios, de acudir a estas normas excepcionales en virtud de una interpretación muy laxa de los valores que dice proteger, convirtiendo en norma excepcional la general, aquella que señala que todos los juicios deben ser públicos. También debe evitarse que a través de esta vía se tienda más que a proteger tales valores, a resguardar una forma tradicional de actuar en los tribunales que prefiere el secreto al escrutinio público. En alguna medida, el que el secreto sólo pueda decretarse a solicitud de parte es un resguardo en tal sentido, pero no debe desconocerse que tales peticiones bien pueden ser inducidas por el tribunal, si éste así lo desea.

Por lo demás, la publicidad puede entorpecerse no sólo a través de decisiones jurídicas, sino en forma aún más importante a través de opciones administrativas. Así, por ejemplo, bastará con destinar, para la realización de un determinado juicio, una sala de audiencias pequeña, para privar, por tal razón, a un número importante de eventuales interesados de presenciarla, pese a que formalmente nadie les desconozca su derecho a hacerlo.⁴ Nuevamente, la necesidad de planificar adecuadamente la audiencia y sus requerimientos con antelación se impone como una necesidad no sólo por efectos prácticos, sino por sus indudables consecuencias sustantivas.

Otra restricción importante frente a la publicidad está dada por la prohibición que impone el CPP a la toma de fotografías, a la filmación o a la transmisión radial de los juicios por parte de los medios de comunicación social. Sin embargo, tal prohibición no es absoluta, ya que el tribunal podrá autorizarlo cuando considere que ello contribuye a la adecuada información del público y siempre que estén de acuerdo con ello todos los intervinientes presentes en el juicio.

Tras estas normas está la experiencia reciente en otros países en que el creciente interés por los juicios orales ha llevado a una cierta banalización de los mismos y a una indebida interferencia en su desarrollo de los medios de comunicación y la opinión pública. Sin embargo, debe tenerse presente que la experiencia nacional al respecto, aún cuando cuantitativamente es poco significativa, da cuenta de beneficiosos resultados de imagen

⁴ El CPP faculta al Juez Presidente para limitar el acceso del público a la sala de audiencias a un número determinado de personas. La misma disposición señala que el Juez puede impedir el acceso u ordenar la salida de personas que se presentaren en condiciones incompatibles con la seriedad de la audiencia.

para la labor judicial cuando se han transmitido en directo –por radio y televisión- audiencias ante las Cortes.

3.3 Facultades disciplinarias

Al Juez Presidente le corresponde ejercer las facultades disciplinarias en la sala de audiencia, con el fin de mantener el orden y decoro del debate y, en general, garantizar la eficaz realización del mismo.

Siendo el debate un proceso en extremo complejo, integrado en vertiginosa sucesión por innumerables actos, cada cual con su propia lógica y que, además, descansa en la confianza que en éste tengan las partes y el público, la mantención del orden y del respeto pasan a ser cuestiones fundamentales para su éxito. Es muy fácil que un debate se escape de las manos o que se transforme en una guerra de guerrillas o en un circo en que su sentido último se vaya desperfilando. En tal situación no sólo la autoridad del tribunal se ve cuestionada, sino más importante aún se torna mucho más complejo la rendición de la prueba, y por ende la formación de convicción, y el efecto socialmente beneficioso que para la sociedad tiene la solución de los conflictos a través de un juicio público, puede revertirse.

Se hace necesario entonces velar porque todos los actores del juicio adecuen su conducta a los fines del juicio, ya no solamente las partes, como sucedía en el procedimiento escrito, sino también el público que presencia el debate. En cuanto a los primeros –las partes- ya hemos visto las facultades que tiene el tribunal para hacer salir de la sala de audiencia al imputado. En lo que dice relación con los abogados, que siguen sujetos a las normas disciplinarias vigentes hoy en día en su calidad de auxiliares de la administración de justicia, es necesario tener presente las particularidades de su situación, pues su conducta no los afecta exclusivamente a ellos sino también a su cliente –o al Estado en el caso de la fiscalía-. Por lo mismo, las sanciones que pueden ser objeto –por ejemplo, que se les expulse de la sala- pueden extenderse en sus consecuencias a las partes que defienden, lo que hace más compleja su adopción.

Respecto al público, el CPP le impone la obligación de guardar respeto y silencio, a menos que sean llamados a declarar. Se les exige no portar armas ni ningún elemento que pudiese perturbar el orden de la audiencia, ni adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo o contrario al decoro.

El Juez Presidente puede sancionar todas estas conductas con la expulsión de la sala del infractor o con cualquiera de las otras medidas que se contemplan en el Código Orgánico de Tribunales, es decir: amonestación verbal e inmediata, multas y arrestos.

Congruentemente con lo antes señalado, si el tribunal expulsare de la sala al fiscal o al abogado defensor la ley establece que deberá procederse a su reemplazo antes de continuar el juicio. En cambio, si el expulsado fuere el querellante o el actor civil el juicio podrá continuar. Si fueren los abogados de esas partes los expulsados, podrán ser reemplazados (pero ello no suspende el curso del juicio).

Nuevamente y pese a ser estas facultades privativas del Juez Presidente, la lógica aconseja que las sanciones más serias sean adoptadas previa consulta con el resto de los jueces que integran el tribunal.

Finalmente debe tenerse presente que el mismo uso de estas facultades importa un serio trastorno al normal desarrollo del debate y del trabajo que en él deben realizar las partes. Por lo mismo, se trata de facultades excepcionales a ser utilizadas en situaciones también excepcionales, siempre con miras al pleno respeto de los principios que informan al juicio oral. Así, la utilización de estas medidas para sancionar una falta puede resultar inconveniente si los costos que ella importa para el normal desarrollo del debate son superiores a los beneficios que ella reporta. Vale decir, en ningún caso se justificará acudir a estas sanciones por la sola motivación de reafirmar la autoridad del Juez.

4. Ejercicios

Los casos que siguen a continuación constituyen ejemplos de incidentes que podrían formularse en el transcurso de un debate oral y abarcan las diversas materias que se han expuesto anteriormente: facultades probatorias del tribunal, manejo de los tiempos, admisión de pruebas, objeciones, publicidad etc. La intención con ellos es que los alumnos se familiaricen con la resolución de incidentes a partir de los principios que gobiernan el juicio oral y que adquieran las destrezas suficientes para su resolución inmediata con la debida fundamentación.

4.1. En un caso por malversación de fondos:

DEFENSA: Señor presidente, me parece inaceptable que el magistrado Maldonado le pregunte al testigo si colaboró con mi representado en desviar el dinero a una cuenta en Suiza. Probar ese hecho es todo el objeto de este juicio y desde luego mi cliente no ha dicho haber desviado ningún dinero, hasta ahora nos ha explicado operaciones complejas en mercados a futuro, cuya completa presentación está todavía pendiente. Además de eso le ha advertido ya dos veces acerca de las penas por perjurio. La verdad es que no veo cómo el juez Maldonado pueda ser un juez imparcial en este caso. Le ruego que evite que continúe involucrándose en el debate, y desde ya me reservo mi derecho para casar el resultado de este juicio, por carecer de un juzgamiento imparcial.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCAL: Señor presidente, el magistrado Maldonado no ha hecho más que ejercer la facultad de interrogar al testigo, tal como lo señala explícitamente el CPP.

4.2 En un caso por homicidio:

DEFENSA: Señor presidente, esta es la tercera pregunta que usted hace en la línea de sugerir que José Maldonado habría podido matar a Juan Carlos Carmona porque habrían tenido una pelea previa por la mujer de don José, mi representado. La fiscalía jamás ha sugerido eso, de hecho en su alegato de apertura dijo claramente que, en su opinión, José Maldonado había causado la muerte de Juan Carlos Carmona por imprudencia temeraria, al

salir ebrio y armado a repeler al grupo que apedreaba su casa. Si además de litigar en contra de la fiscalía tengo que litigar en contra del tribunal, quiero saber quién va a resolver este caso imparcialmente. Le ruego en consecuencia que se abstenga de seguir interviniendo en esa línea de interrogación.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCAL: Bueno, no me parece que yo pueda decir mucho sobre esto, el tribunal está expresamente facultado para hacer preguntas y es su función descubrir la verdad de los hechos en este caso.

4.3 En un caso por homicidio el tribunal ha hecho uso de su derecho a solicitar, por una sola vez, la introducción de nueva prueba. Solicitó la comparecencia de un testigo de cuya existencia no se tenía noticia y sólo salió a la luz durante la audiencia de juicio oral. En este caso se suspendió la audiencia y compareció posteriormente el testigo quien realmente tenía información relevante que aportar, la que consistía en señalar que él sabía donde se encontraba oculta la cinta en que una cámara grabó los hechos en su integridad.

JUEZ PRESIDENTE: Me parece que ver tal cinta resulta crucial para decidir adecuadamente este caso, por lo que le sugeriría al Sr. Fiscal solicitar la introducción de esa evidencia al juicio como nueva prueba.

DEFENSA: Sr. Presidente no me parece correcto que Ud. sugiera acerca de una solicitud que Ud. mismo debe resolver. Si el Fiscal no ha decidido hacer tal petición no puede el tribunal inducirlo a hacerla.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCAL: Yo siempre pensé en hacer tal petición, sólo se me adelantó el tribunal, por lo que aquí no hay ninguna inducción ni prejuizamiento.

TRIBUNAL: Abogado defensor ¿tiene algo que agregar?

DEFENSA: Le solicito al tribunal, por las razones antes expuestas, que no admita esta prueba nueva, pues además hacerlo implicaría una segunda suspensión de este juicio.

4.4 En un caso cualquiera, el Fiscal solicita que el tribunal ponga término al contraexamen que la defensa está haciendo de uno de sus testigos ya que lo está alargando innecesariamente sin aportar nada nuevo, con un solo fin dilatorio. El abogado defensor alega que tiene temas pendientes. El juicio se ha extendido más de la cuenta y el tribunal tiene agendado otro con el cual va a entrar en colisión.

FISCAL: Señor presidente, la defensa ha examinado extensamente al testigo sobre sus antecedentes previos. Esta línea de contraexamen, además de estar ya agotada, es totalmente irrelevante y prejuiciosa.

TRIBUNAL: ¿Señor defensor?

DEFENSA: Esta parte no está más que haciendo su trabajo y ejerciendo sus derechos. Si la información que obtenemos del testigo es o no relevante sólo se podrá saber cuando él termine de declarar y cuando tenga que dictarse la sentencia definitiva.

4.5 En un caso cualquiera: El Juez Presidente falla un incidente rechazando un incidente formulado por la defensa, en que objetaba una pregunta de la Fiscalía por ser capciosa. Producida la resolución se genera una larga conversación al interior al tribunal, quedando

en evidencia que los otros dos jueces no están de acuerdo con lo resuelto por el Juez Presidente.

FISCAL: Sr. Presidente, solicito se reponga la reciente resolución y se me permita hacer la pregunta al testigo dada que ella no es en ningún caso capciosa y, además, resulta indispensable para los objetivos de esta parte.

TRIBUNAL: ¿Señor defensor?

DEFENSA: Sr. Presidente, el Fiscal se está aprovechando de la situación. El asunto ya está totalmente resuelto y como se dispone en el CPP no hay derecho a reposición cuando la resolución ha sido tomada luego de debate, como sucedió en este caso.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal, tiene algo que agregar?

FISCAL: Esta parte cree que es indispensable que sea todo el tribunal el que se pronuncie sobre este incidente, lo que no ha sucedido en este caso.

4.6 En un caso por homicidio no comparece a la audiencia un testigo de la defensa considerado clave por ésta:

DEFENSA: Señor presidente, el señor Cabrera, testigo convocado a este juicio y debidamente notificado, no ha comparecido. Desearía pedir una suspensión para que sea traído por la fuerza pública, porque se trata de un testigo clave para la defensa.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCAL: Su señoría, este caso ya ha sido bastante dilatado por las constantes objeciones de la defensa, suspender el juicio interrumpiría la visión completa y concentrada de los hechos, y la verdad es que a esta fiscalía no le parece que el testimonio del señor Cabrera tenga la importancia que la defensa le atribuye.

TRIBUNAL: Abogado, ¿qué espera la defensa del testimonio del señor Cabrera?

DEFENSA: Señoría, se trata de un testigo de coartada, que va a situar a mi cliente en Viña del Mar el día en que los hechos estaban ocurriendo en Santiago.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCAL: Señor presidente, el testimonio del señor Cabrera sería bastante cuestionado por la fiscalía porque no está claro que haya estado efectivamente con el acusado ese día en Viña pero, en el mejor de los casos y aun si esta fiscalía no contraexaminara en lo absoluto, el señor Cabrera va a situar al acusado en Viña a las cinco de la tarde, en circunstancias que el homicidio se produjo en Santiago a las siete de la tarde. Eso no es realmente un testigo de coartada.

4.7 En un caso cualquiera, la defensa presenta un testigo cuyo segundo apellido no coincide con el señalado en la audiencia de preparación del juicio oral.

FISCAL: Srs. Miembros del Tribunal, esta parte solicita no sea admitida la declaración de este testigo ya que su nombre no corresponde con la persona que debía comparecer en este juicio.

TRIBUNAL: Abogado de la defensa

DEFENSA: Magistrados, el error anotado en este caso es absolutamente menor y en nada obstaculiza la individualización del testigo. Es más, este testigo es conocido por la fiscalía ya que fue presentado en una audiencia ante el tribunal de garantías, por lo que mal ahora puede alegar una suerte de eventual confusión.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal, tiene algo que agregar?

FISCAL: Lo cierto que esta parte hizo averiguaciones respecto al testigo con el nombre dado originalmente las que arrojaron resultados diversos a los que se abrían obtenido de haber poseído su nombre real. Por ejemplo, en cuanto a su extracto de filiación.

4.8 En un caso por violación la fiscalía acaba de contraexaminar al acusado, destacando el hecho de que éste tendría en sus antecedentes otra denuncia por violación, ocurrida diez años atrás. La defensa solicita repreguntar después del contrainterrogatorio, ya hecho.

DEFENSA: Señor presidente, el fiscal ha abierto la puerta al tema de una denuncia por violación previa. Esa información arroja una impresión completamente errónea y prejuiciosa sobre lo que realmente aconteció, de manera que quiero dirigirle un par de preguntas a mi cliente para que explique este punto.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCAL: Señoría, esto no está contemplado en el CPP, hay sólo una instancia para examinar al testigo y mi contraparte ya tuvo su momento. El testimonio del acusado fue claro en este punto. Le pregunté derechamente si era efectivo que la denuncia en cuestión existía y el respondió “sí”.

TRIBUNAL: ¿Tiene algo que agregar la defensa?

DEFENSA: Señor presidente, quiero preguntarle al testigo si el siguió manteniendo relaciones con la supuesta víctima y en qué circunstancias, y si fue ella o alguien a su nombre quien hizo la famosa denuncia, creo que ambas preguntas contribuirían al juicio del tribunal.

4.9 En el caso Burna, en el contrainterrogatorio del Sr. Carrasco:

DEFENSA: No es cierto Sr. Carrasco que hay autos muy similares a otros y que Ud. perfectamente pudo haberse confundido. Por ejemplo, hay un modelo de auto Lada que es prácticamente idéntico al Fiat 125 que supuestamente reconoció.

FISCALÍA: Srs. Magistrados nos oponemos a que se le formule a este testigo tal pregunta ya que él no es un experto en la materia, por lo que no puede dar opinión sobre el mayor o menor parecido de dos modelos de autos y menos sí entre ellos pudo confundirse el testigo.

TRIBUNAL: ¿Señor defensor?

DEFENSA: No le estamos preguntando nada para lo que se requiera un especial expertizaje, sino algo que forma parte del conocimiento común de cualquier persona adulta que viva en este país.

4.10 En un caso por posesión y tráfico de drogas.

DEFENSA: Su señoría, quiero hacer una moción para que sea excluida como prueba del juicio la droga supuestamente incautada a mi representado. La droga fue supuestamente incautada a mi representado, sin embargo no había orden judicial que autorizara el allanamiento que realizaron en su casa, y la verdad es que en un allanamiento ilegal no tenemos ninguna seguridad de que la droga haya sido realmente encontrada allí o plantada por la policía.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCALÍA: Su señoría, la petición de la defensa es absolutamente improcedente. En primer lugar, el allanamiento fue realizado previa orden judicial que tengo en mi mano, extendida

por el juez de garantías en su oportunidad; pero además, cualquier duda que hubiese tenido la defensa debió haberla manifestado en la audiencia de preparación, esa es la oportunidad para excluir pruebas, tal como lo señala el CPP, no aquí en el juicio.

TRIBUNAL: ¿Señor defensor?

DEFENSA: Señor presidente, la autorización en cuestión señala como objeto del allanamiento el número 82 de la calle Las Camelias, y el domicilio de mi cliente, donde fue supuestamente hallada la droga, es el número 86 de esa calle.

TRIBUNAL: ¿Quiere agregar algo la fiscalía?

FISCALÍA: Señor presidente, se trata de dos entradas de una misma propiedad, que no tiene separaciones internas.

4.11 En un caso cualquiera, el fiscal acaba de hacer la pregunta “¿le propuso usted a la fiscalía resolver esta causa a través de un procedimiento abreviado?”.

DEFENSA: ¡Objeción! su señoría, el CPP prohíbe expresamente cualquier referencia un procedimiento abreviado o salida alternativa que se haya negociado con anterioridad al juicio.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCAL: Señor presidente, el CPP prohíbe invocar antecedentes vinculados a un procedimiento abreviado. Yo no lo he hecho, no he invocado ningún antecedente, simplemente le hice al acusado una pregunta simple, a la que él puede responder “sí” o “no” con toda comodidad. Pero si el tribunal así lo indica, puedo avanzar hacia otra línea de contraexamen.

TRIBUNAL: ¿La defensa desea agregar algo?

DEFENSA: Señor presidente, la verdad es que el fiscal, a través de esa pregunta, ha dejado al descubierto la negociación para un procedimiento abreviado con respuesta o sin ella. La verdad es que esta sola mención me parece que prejuzga al tribunal y creo que vulnera el derecho de mi cliente a un tribunal imparcial. Me parece que esta es una causal clara de casación, por lo que el tribunal debe no sólo excluirla de su decisión, sino también aplicar una sanción disciplinaria a mi contraparte.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCAL: Señoría, no recuerdo que el CPP contemple esa posibilidad.

4.12 En un caso por homicidio:

DEFENSA: su señoría, tengo una cuestión que plantear. Hay una convención de prueba hecha en la audiencia de preparación en el sentido de que la muerte de Juan Carlos Carmona habría sido causada por el disparo hecho por el arma encontrada en el bolsillo de mi representado, don José Maldonado. Seguimos sin discutir que la bala que hirió a Carmona provino del arma hallada en las ropas de don José, sin embargo hemos descubierto que ello no fue lo que causó la muerte del señor Carmona, sino una inaudita negligencia médica en el hospital al que fue llevado; allí sobrevivió otras doce horas sin atención médica diligente, para morir luego de una infección que contrajeron otros pacientes que fueron tratados ese mismo día en dicho hospital.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCAL: Su señoría, hay un acuerdo explícito acerca de que la causa de la muerte no era una cuestión controvertida, todo este juicio se ha hecho sobre esa base y si hubiésemos

sabido que iba a haber discusión sobre esto habríamos traído a nuestros peritos a declarar, cosa que no hicimos.

4.13 En un caso cualquiera se produce una contradicción entre un testigo y declaraciones previas. El testigo no reconoce la declaración que se le exhibe y señala que la firma no es la suya.

FISCAL: Dado que el testigo ha negado su firma puesta en este instrumento privado, esta parte desea incorporar como evidencia número 24, el siguiente documento que corresponde a un informe de un perito calígrafo que señala que la firma puesta en ese documento corresponde a la misma persona que firma los documentos signados con los números 7 a 12 en estos autos, documentos todos en que el testigo ha reconocido su firma. El perito que elaboró este informe, lamentablemente, se encuentra impedido de comparecer a este juicio. Como se sabe, el CPP me autoriza a introducir su informe sin necesidad de su comparecencia personal.

TRIBUNAL: ¿Señor defensor?

DEFENSA: La parte no puede incorporar a estas alturas tal documento, ya que no lo incluyó dentro de aquellos que señaló en la audiencia de preparación del juicio oral.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal, tiene algo que agregar?

FISCAL: No lo incluimos dado que no sabíamos que iba a ser necesario utilizarlo. La Fiscalía lo encargó sólo para ponerse a cubierto de una eventualidad. Además, el informe en sí no es prueba directa en este juicio, por lo que debe caer dentro de la categoría de las exhibiciones que no es necesario anunciar con anticipación.

4.14 La defensa va a confrontar al testigo con declaraciones previas inconsistentes vertidas en una carta de amor. La carta no dice nada respecto de los hechos de fondo, simplemente relativiza el carácter fidedigno de la declaración. El testigo acaba de declarar no haber tenido ninguna relación particular con la víctima. El abogado defensor acredita la carta y le pide al testigo que lea un párrafo.

FISCAL: Objeción, su señoría. Este es un documento que, hasta donde yo puedo ver, no tiene ninguna relación con los hechos que aquí nos ocupan. Además esta es la primera noticia que la fiscalía tiene de esta carta, no fue anunciada en la audiencia de preparación y por lo tanto no puede ser introducida en juicio.

TRIBUNAL: ¿Señor defensor?

DEFENSA: Señor presidente, es obvio que mi colega está en un error; el uso de esta carta apunta a la credibilidad del testimonio actual del testigo, y desde luego no pretendo ingresarla como prueba, sino sólo utilizarla para auxiliar con ella el testimonio de este testigo; no siendo prueba y no pretendiendo ingresarla como tal, no hay ninguna necesidad de anunciarla en la audiencia de preparación, pues ésta exige fijar las pruebas del caso, nada más.

4.15 En un juicio cualquiera, concluyendo los alegatos de clausura:

FISCAL: Srs. Magistrados esta parte desearía, para concluir, dejar en poder del tribunal una impresión de las diapositivas utilizadas durante el juicio que fueron utilizadas por los

testigos de esta parte para indicar las condiciones en que se encontraba el lugar de los hechos.

DEFENSA: Esta parte se opone ya que su incorporación desvirtúa el carácter oral de este debate y puede suponer la introducción de prueba documental por parte de la contraria sin someterse a los controles que el legislador estableció para ésta.

4.16 En un juicio cualquiera, el Juez Presidente dispone que un menor sea examinado por él mismo.

DEFENSA: Sr. Presidente esta parte desea solicitarle que reconsidere su decisión pues ella lesiona fuertemente las posibilidades que tiene para ejercer adecuadamente la defensa de su cliente. Le solicita, en subsidio, que al menos le permita sugerirle las preguntas precisas que debieran hacersele.

TRIBUNAL: ¿Señor fiscal?

FISCAL: El tribunal está en su absoluto derecho en dirigirle directamente el contraexamen a un menor y resulta del todo fuera de lugar que mi colega pretenda sugerirle al tribunal cómo tiene que hacer su trabajo.

III. FALLO

Transcurrido el juicio oral -y luego de desempeñar todas las funciones que hemos descrito- el camino del juez queda abierto para realizar la función que bien puede ser considerada el acto jurisdiccional por excelencia: apreciar la prueba rendida y, en virtud de dicha apreciación, alcanzar una decisión acerca de la culpabilidad de una persona.

¿En qué consiste esta decisión? Esa es una pregunta que, aunque parezca sencilla y solamos tener una respuesta intuitiva frente a ella, lo cierto es que concita grandes discusiones a su alrededor. De un lado están quienes piensan que esa decisión consiste en explicitar la verdad que a través del proceso se habría revelado, verdad a propósito de la cual el juez quedaría en condiciones de hacer justicia. Para otros, en cambio, la decisión del juez penal consistiría en juzgar si el órgano de persecución del Estado -el Ministerio Público- tiene realmente los antecedentes que dice poseer para castigar a una persona como culpable de un delito. La primera postura asumiría que la realización de justicia en un país - el castigo de los culpables- sería parte de la función de los jueces. La segunda postura, en cambio, diría que la búsqueda de ese tipo de justicia sería de cargo del Estado representado por el Ministerio Público, y que los jueces serían precisamente quienes controlarían el ejercicio de ese poder. Los sistemas más inquisitivos han sólido adoptar con fuerza la primera tesis, mientras que a mayor carácter acusatorio del sistema subyace con frecuencia la segunda posición.

La reforma, en la medida en que se debate entre el carácter inquisitivo y acusatorio del proceso penal, discurre también entre estas dos lógicas, cuya definición reside finalmente en una discusión social y política más que en una cuestión técnico-jurídica.

Una vez que centralizamos el uso e la fuerza en el Estado parece natural que éste propenda desde ella a la detección de quienes infringen la ley y a su castigo. Parece que ese rol lo va a cumplir de igual manera cualquier abogado que el Estado ponga a desempeñar ese rol, con independencia de cómo le llamemos; les digamos fiscales, jueces, promotores, comisarios, tutores, o de cualquier otra manera, básicamente cualquier abogado puesto a investigar la comisión de un delito con miras a llevar adelante la acción penal configuraría más o menos el mismo rol. Llamémosle funcionario 1. Una vez que el Estado tiene a su funcionario 1, entonces, la cuestión que surge es la siguiente: ¿quién pone la vara que dicho funcionario debe superar para que la sociedad estime verosímil la comisión del delito y la responsabilidad de su autor? ¿quién le dice a este funcionario 1 si tiene razón cuando afirma que un ciudadano a cometido un delito y debe ser castigado por ello? ¿quién le dice a este funcionario si la información sobre la que basa esta pretensión es fidedigna o si, en cambio, nada confiable? Digamos, entonces, que hacemos que otro órgano -como sea que lo denominemos, por ejemplo funcionario 2- tome esa decisión; la decisión de que los antecedentes recogidos por el funcionario 1 son suficientes para justificar que, sobre la base de ellos, creamos que el inculpado cometió un delito y lo castigamos. ¿Qué pasa, en consecuencia, si los antecedentes que el Estado ha reunido -a través del funcionario 1- no logran superar la vara impuesta por el funcionario 2 para dar los hechos por probados? ¿Qué pasa si los antecedentes del acusador no eran los que había prometido al empezar su acusación? ¿Debe el funcionario 2 subsidiar al funcionario 1 y realizar por éste el trabajo que precisamente estaba llamado a controlar? Y si lo hace ¿no queda, desde el punto de

vista de su rol, en la misma posición que el funcionario 1 y, en consecuencia, deberíamos hacer que otro funcionario cumpla a su respecto la labor de verificar que la información por él obtenida baste para la condena? Ésta es la cuestión que subyace al tema del rol del juez de cara a la sentencia: la cuestión de saber si lo que el juez debe hacer es juzgar la prueba presentada por el Ministerio Público -y, en consecuencia, absolver cuando éste no logre satisfacer el estándar de convicción- o si, en cambio, su rol consiste en él averiguar la verdad y hacer justicia a través de ella.

El proyecto de CPP, como se dijo, se mueve en esta ambigüedad entre sus inspiraciones acusatorias y sus remanentes todavía inquisitivos. Al correr de su articulado vamos a encontrar numerosas disposiciones que avanzan en uno y otro sentido. Sin embargo, dichas disposiciones -como siempre ocurre con las normas- están indisolublemente unidas a la interpretación que de ellas vayan a hacer los jueces en el nuevo sistema.

En las páginas que siguen abordaremos los diversos aspectos que involucra la actividad de fallar, en la cual confluyen todos los principios del nuevo sistema, a la vez que reglas procesales y destrezas prácticas cuya internalización -de principios, reglas y destrezas- resultará crucial dadas las exigencias que esta etapa impondrá a los jueces.

1. ¿Qué información necesito para resolver?: una vuelta sobre la teoría del caso.

El juicio bien puede ser concebido como una competencia de relatos entre las partes, cuya información el juez debe procesar para construir un 'relato oficial'. En ocasiones, este relato oficial consiste en asumir la versión de una de las partes. En ocasiones, consiste en fijar una tercera versión que en aspectos se asemeja y en aspectos difiere del relato de cada una de las partes. Con independencia de la postura que se asuma respecto del tema del rol de la verdad dentro del proceso penal -se considere este 'relato oficial' como una verdad descubierta por el juez o como una construida por él- parece bastante obvio que, descriptivamente, lo que hace es dar determinados hechos por probados, a los cuales luego aplicará determinada norma. El fallo está construido sobre la base de estos dos elementos, y de ellos da cuenta la dogmática más clásica de nuestra cultura jurídica. Sin embargo, ¿cómo saber qué hechos son relevantes? ¿cómo ir fijando, a lo largo del juicio, los hechos que se estiman acreditados? ¿Cuándo una prueba determinada es más creíble que otra? ¿Qué relación tiene el derecho aplicable con los hechos sobre los cuales se va a aplicar? ¿Es cierto que el derecho se aplica a los hechos ya determinados, o deberá haber una idea acerca del derecho involucrado para poder determinar los hechos relevantes?

Para las partes estas preguntas encuentran respuesta en la llamada 'teoría del caso'. Para los jueces, sin embargo, esto es algo más complejo porque ellos se encuentran en una posición distinta a la de las partes, básicamente constituida por el principio de imparcialidad (no se trataría, como ocurre con las partes, de que simplemente construyan estratégicamente una teoría, sino más bien de que asuman la postura de terceros imparciales decidiendo un conflicto).

Unas primeras luces en relación a esto tienen que ver precisamente con el rol del juez dentro del modelo adversarial y como tercero imparcial frente a la acusación estatal en contra de las personas. Desde este punto de vista, el Estado tendría una fuerte carga probatoria para destruir la presunción de inocencia que recae en los individuos y el ministerio Público tendría que cumplir las promesas presentadas en su acusación, en el sentido de que aportará prueba suficiente para acreditar su teoría del caso. El primer foco de atención que debe tener en cuenta el juez penal, entonces, es la teoría del caso contenida en la acusación, teoría ésta que contiene un relato acerca de “cómo los hechos en verdad ocurrieron” desde la versión del fiscal, a partir del cual invocaría los instrumentos normativos de que pretende servirse (por ejemplo la tipicidad del delito acusado, sus circunstancias agravantes, su calificación jurídica). La primera vez que el juez escuche esta teoría del caso de boca del propio fiscal será en el alegato de apertura.

La primera -y la última- pregunta que debe hacerse el juez penal, en consecuencia, es ¿ha probado el fiscal su teoría del caso? Nótese que el primer foco de atención del juez es la teoría del caso del fiscal y no, en principio, la de las partes. Un juicio penal consiste en que el acusador pruebe la acusación que sostiene, y no que el defensor pruebe la inocencia del inculpado. La cuestión que debe volver una y otra vez a la mente del juzgador en cada uno de los momentos del juicio es ¿cómo prueba esto la teoría del caso del fiscal?. Por supuesto, en la mayoría de los juicios penales la defensa no va a adoptar una actitud meramente pasiva sino que va a aportar a su turno una teoría del caso exculpatoria. Pero, de nuevo, el valor que tiene esa teoría y la atención que le debe prestar el juez es en tanto detrimento de la teoría del caso de cargo, a través de la cual el fiscal debe superar la presunción de inocencia.

Como se recordará, la teoría del caso -para ambas partes- consiste en aquel punto de vista que logra explicar en un todo coherente “cuáles son los hechos que ocurrieron” y de qué manera esos hechos se encuadran en una determinada teoría jurídica. En la presentación de su caso, entonces, el Ministerio Público deberá presentar prueba suficiente y creíble para acreditar las proposiciones fácticas que alcancen a configurar cada uno de los elementos de que se componen las teorías jurídicas invocadas.

Así, por ejemplo, si el fiscal ha acusado a Juan Pérez por el delito de robo con intimidación en la persona de Pedro Montt, su teoría de caso debe cubrir los siguientes aspectos:

Elemento N°1: aprehensión material.

Proposición fáctica: Juan tomó la billetera del bolsillo de Pedro.

Prueba N°1: Testimonio de Diego (quien dice haber visto a Juan tomar la billetera del bolsillo de Pedro).

Prueba N°2: Testimonio del policía aprehensor (quien declara haber encontrado la billetera de Pedro en poder de Juan).

Elemento N°2: cosa ajena.

Proposición fáctica: la billetera pertenecía a Pedro.

- Prueba N°1: La billetera (prueba material)
- Prueba N°2: Los documentos que la billetera contenía (prueba material)

- Prueba N°3: Testimonio de Pedro (quien reconoce billetera y documentos cuando se los exhiben en juicio)
- Prueba N°4: Testimonio del policía aprehensor (quien reconoce la billetera y documentos como aquéllos hallados en poder de Juan al momento de la aprehensión).

Elemento N°3: ánimo de apropiación.

También aquí podrían haber eventualmente proposiciones fácticas que apuntaran a satisfacer directamente este elemento -por ejemplo, el dinero fue gastado o la tarjeta de crédito utilizada- pero, más probablemente, el hecho de que Juan se apoderó de la billetera con el ánimo de apropiársela va a ser una conclusión del juez con base a la prueba indiciaria, el sentido común y las máximas de la experiencia.

Elemento N°4: intimidación.

Juan amenazó a Pedro con un cuchillo al momento de ser descubierto.

- Prueba N°1: El cuchillo.
- Prueba N°2: Testimonio de Pedro (en que reconoce el cuchillo como aquél con el cual lo amenazó Juan).
- Prueba N°3: Testimonio del policía (en que dice haber hallado el cuchillo en poder de Juan).

La primera ayuda -y la primera restricción- con que cuenta el juez, entonces, está constituida por la teoría del caso del ministerio público, contenido en la acusación. Se trata de una ayuda -y de una restricción- en el sentido de que el juez deberá ir considerando si las pruebas aportadas son suficientes y creíbles para dar por acreditadas las proposiciones fácticas que requieren cada uno de los elementos de las teorías jurídicas invocadas por la fiscalía en su teoría del caso.

Supongamos, en este sentido, que el juez advierte que el testimonio de Pedro es inconsistente en cuanto a la proposición fáctica de que fue amenazado por Juan con un cuchillo. Supongamos, por ejemplo, que en su examen directo Pedro declaró que se trataba de un cuchillo grande estilo militar y que, luego, reconoce como el arma en cuestión una pequeña cortaplumas. En este caso el juez podría estimar la prueba aportada respecto de la proposición fáctica "Juan amenazó a Pedro" es inverosímil y que, en consecuencia, el elemento "intimidación" caería.

Este es el tipo de razonamiento que, en principio, convoca la atención del juez penal: dada la prueba aportada por el ministerio público ¿puede darse por probadas proposiciones fácticas que satisfagan todos y cada uno de los elementos de las teorías jurídicas que invocan?

Este cuadro, por supuesto, viene a complejizarse con la intervención de la defensa. En efecto, toda la actividad de la defensa estará dirigida a mermar de una u otra manera el caso de la fiscalía, sea porque presenta un caso afirmativo propio (el ejemplo paradigmático es la defensa de coartada) o bien porque derechamente se dedica a denotar la falta de consistencia y credibilidad del caso de la fiscalía. En consecuencia, cuando el juez esté pasando por el cedazo de su razonamiento el caso del ministerio público, no sólo lo hará en relación a la coherencia interna y credibilidad que éste posea, sino también a la coherencia

y credibilidad que ostenta en frente de la actividad de contradicción que realiza la defensa. Quizás un testigo sea perfectamente coherente y verosímil si se considera aisladamente su testimonio pero, puesto en frente de un testigo más verosímil de la defensa cuyos dichos son diferentes, puede perder credibilidad. El juez, en consecuencia, deberá ser capaz de mantener una visión integral y amplia acerca de lo que está pasando en la totalidad del juicio, tanto con el caso de la fiscalía como con el de la defensa.

De una parte, entonces, el juez debe permanentemente preguntarse de qué manera la fiscalía está cumpliendo la promesa hecha en la acusación, aceptando o rechazando que determinados hechos se den por probados a partir del caso presentado por la fiscalía. De otra parte, el juez debe estar permanentemente expuesto a que esas convicciones parciales y esa "disposición mental" vaya siendo modificada por la actividad de la defensa.

Todo este entramado viene a complejizarse más aún cuando se le suma el rol del juez: en primer lugar, es posible que el juez estime que la versión de una de las partes es fiel a los hechos, pero que la actividad del abogado en cuestión sea deficiente y que, por ende, no ha logrado ser acreditada ¿qué debe hacer el juez en ese caso? Y todavía más, ¿cuál es la diferencia entre que dicha ineficiencia provenga del fiscal o, en cambio, del defensor? En este sentido lo que debe emerger con claridad es el rol del juez como contralor del caso que presenta el Ministerio Público: si el Estado no es capaz de presentar un caso sólido en contra de una persona y probarlo en juicio, el rol del juez es precisamente dar cuenta de esa incapacidad y absolver. La responsabilidad de ese fracaso en la persecución penal recae en el acusador y a él habrá que pedirle cuentas por ello. El caso de la defensa es más complejo y deberán al respecto haber elaboraciones judiciales más finas. El proceso penal en un Estado democrático es precisamente un intento por minimizar la posibilidad de que un inocente sea erróneamente condenado. Esto no necesariamente debe llevar a los jueces a poder intervenir en favor del acusado cuando perciban que la defensa no está desempeñando un buen trabajo porque ellos son precisamente los garantes del juego justo dentro del juicio. No obstante, es probable que respecto de la defensa el tribunal pueda tener una mayor flexibilidad al respecto; dicha flexibilidad podrá jugar con elementos como advertir al abogado que su desempeño profesional está siendo deficiente, utilizar las facultades que el Código confiere a los jueces durante el debate y, siempre de telón de fondo, considerar que el fiscal no ha alcanzado a destruir la presunción de inocencia que opera sobre el acusado.

En segundo lugar, es posible que no se trate ya de optar por una de las versiones de las partes, sino que el juez estima que hay en el caso una tercera versión, hasta ahora no invocada. ¿Qué pasa si el tribunal opina que sí se ha cometido un delito, pero que no es aquél consignado por el fiscal en su acusación?. A este respecto debe tenerse en cuenta el principio acusatorio, expresamente recogido en el Código: "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. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia". La lógica que opera tras esta norma esta norma es, de vuelta, una nueva versión del mismo principio: el Estado, a través del Ministerio Público, le imputa a un individuo haber realizado ciertos hechos; pues bien,

el rol del juez es precisamente controlar que el Estado pueda probar esos hechos precisos que ha imputado. La segunda parte de la norma, a su turno, responde a la lógica de erigir al juez como una garante del juego justo. Si el tribunal estima que los hechos imputados por el Estado pueden dar lugar a otra calificación jurídica o circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que aquellas invocadas en la acusación, entonces debe procurar que la defensa tenga una real oportunidad de hacerse cargo de esa porción del debate.

Ahora bien, todo lo expuesto en estas últimas páginas –la idea de que el juez para fallar debe estar atento a cuáles son las teorías jurídicas invocadas, a los elementos que las configuran, a las proposiciones fácticas que satisfacen estos elementos y a la prueba que acredita estas proposiciones fácticas- supone más que ninguna otra cosa una comprensión cabal del sistema de valoración de la prueba, tanto en su dimensión normativa (sistema de valoración) como práctica (elementos de credibilidad).

2. Valoración de la prueba y credibilidad.

El proyecto modifica el sistema de valoración de la prueba, erradicando los dos modelos de valoración imperantes en nuestro actual proceso penal. Por una parte, abandona el sistema de prueba tasada; por la otra, abandona la apreciación del fallo en conciencia. De una parte, entonces, no admite que la ley -abstracta y general- sustituya a la valoración -particular y concreta- del juez; de la otra, no admite que la valoración que los jueces hacen de la prueba esté exenta de razonamiento justificatorio.

Al nuevo sistema se le ha denominado ‘de libre convicción’ para que no se aplique del modo en que actualmente los tribunales han entendido la sana crítica (como equivalente a fallo en conciencia). Al respecto, el Código señala que “los tribunales apreciarán la prueba con entera libertad. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá de la fundamentación de cada uno de los hechos y circunstancias que se den por probados y el señalamiento de el o los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados tales hechos y circunstancias. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar dichas conclusiones... en su fundamentación el tribunal deberá hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo... en la valoración de la prueba no se podrán contradecir las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados ni las máximas de la experiencia... la existencia de un hecho o circunstancia podrá ser deducida por medio de indicios, en tanto ellos se funden en hechos reales y sean múltiples, graves, precisos y concordantes.” Este sistema de libre convicción conlleva las siguientes implicancias:

- a) Cualquier cosa que forme convicción en el tribunal y que pase el test de credibilidad en el juicio oral puede ser considerado prueba. Por ende, los medios probatorios no se encuentran taxativamente establecidos en la ley y están abiertos al modo en que las partes quieran presentar su caso⁵ (cuando un testigo se para en el tribunal y muestra en

⁵ El nuevo Código contempla ciertas reglas para situaciones especiales, tales como el hallazgo de cadáver, las lesiones o la falsificación (título I, Libro 2º). Pero no se trata en ningún

qué posición estaba cuando disparó el arma ¿qué es eso? ¿testimonio? ¿importa como le llamemos en la medida que sirva al tribunal para formarse una convicción?). En consecuencia, ni hay testigos inhábiles ni hay peritos cuyo expertizaje esté predeterminado. La inhabilidad actual de ciertos testigos se traslada al juicio de credibilidad en el juicio (si quien está declarando es la esposa del inculpado, quizás sea razonable pensar que lo está protegiendo y, en consecuencia, restarle credibilidad a su testimonio); a la vez, los peritos deben acreditar su experticia a satisfacción del tribunal y de las partes, experticia que en parte determina su admisibilidad como perito y en parte su credibilidad como tal (todo esto desde el punto de vista de la litigación, pues el proyecto nada dice).

- b) Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio. La ley no obliga a probar ningún hecho a través de medios específicos. Esto supone que la jurisprudencia desarrolle estándares para determinar criterios respecto de la prueba. Así por ejemplo, *criterios de idoneidad* (¿puede un policía declarar sobre los hábitos criminológicos de los habitantes de La Pintana? ¿Puede un peritaje dactilográfico determinar si una persona mentía al redactar un documento?); *criterios de relevancia* (¿tiene importancia que venga la esposa del imputado a decir que él es una buena persona? ¿tienen importancia los antecedentes penales de una persona?); *criterios de juego justo* (si permito que ingrese esta prueba nueva no anunciada en la audiencia de preparación del juicio oral ¿es mayor el beneficio esperado que el perjuicio causado por la indefensión de la contraparte?); criterios de admisibilidad (¿cuándo debo aceptar que ingrese prueba nueva? ¿cómo es admisible utilizar declaraciones previas? ¿cuándo debo aceptar que se asuma este revólver como el arma encontrada en la escena del crimen?); etc.
- c) No hay valor predeterminado de ningún medio probatorio. La palabra clave en el tratamiento de la prueba por parte de los jueces en lo penal es ésta: CREDIBILIDAD. Es cierto que esa credibilidad debe estar fundada, pero también es cierto que esa fundamentación tiene componentes subjetivos y que, por ende, no puede ser determinada más que por el juez que está frente al examen de la prueba. No hay, por ende, credibilidad predeterminada por la ley. Una parte podrá presentar diez testigos para acreditar un hecho y la otra sólo uno que los contradiga: nada le impide al juez conceder mayor credibilidad a este único testigo que a los restantes diez, con tal que ese testigo haya concitado su credibilidad y que esa credibilidad pueda ser fundada.
- d) La prueba por excelencia en un sistema como éste es lo que la cultura continental conoce como “prueba indiciaria” y lo que el sistema anglosajón denomina “prueba circunstancial”. La prueba indiciaria es aquella que exige una mediación inductiva del tribunal para llegar a la conclusión de que un determinado hecho está probado. Este es el caso -en nuestro ejemplo del robo que describíamos más arriba- del testimonio del policía de no haber encontrado dinero en la billetera de Pedro al ser detenido Juan. Un juez podría inducir -atendidas las demás circunstancias- que Juan gastó el dinero que

caso de asignar valor probatorio específico a dichas diligencias ni menos de ordenarlas taxativamente como prueba de dichas situaciones. Se trata más bien de un conjunto de directrices o facultades para el Ministerio Público o el juez. Así, por ejemplo, realizado el examen de lesiones en el Instituto Médico Legal, todavía dicho peritaje deberá superar el contraexamen en el juicio oral y podrá ser perfectamente invalidado por el testimonio experto de cualquier otro perito médico.

Pedro llevaba en la billetera. En ese caso tendría que poner en relación ese testimonio del policía con aquél de Pedro en que afirma haber tenido dinero y ese otro en que dice haber sido asaltado por Juan. Por supuesto, la defensa de Juan siempre puede levantar otros relatos, por ejemplo que Pedro jamás tuvo dinero en la billetera o que el dinero se cayó en la pelea. El juez, finalmente, deberá inducir una cierta verdad de toda esta evidencia puesta en relación. La “prueba indiciaria” se opone a la “prueba directa”; en la prueba directa no media este razonamiento y, más bien, si el juez acepta la credibilidad de la prueba acepta también la proposición fáctica que ésta pretende probar. De este tipo es por ejemplo la cámara que graba el asalto de Juan: si el juez acepta que ese vídeo en efecto grabó la escena, entonces acepta la proposición de que Juan asaltó a Pedro. Lo mismo ocurre con los testigos presenciales. Por supuesto, es óptimo tener pruebas directas pero, en general, el juez rara vez podrá escapar a la prueba indiciaria, comprometiendo su razonamiento inductivo en la determinación de los hechos probados.

Siendo éste el sistema de valoración probatoria que contempla la reforma, la pregunta que conviene hacerse es ¿qué elementos forman la convicción del juez? O, dicho de otro modo, ¿de que elementos puede echar mano el juez para valorar la credibilidad de una determinada prueba? Desde luego, no se trata aquí de elementos diversos a los que tienen en mente las partes cuando litigan, pues todo el esfuerzo de litigación consiste precisamente en lograr persuadir al juez de que nuestra prueba debe gozar de credibilidad a sus ojos. Revisemos entonces algunos elementos de credibilidad de la prueba, aunque brevemente pues ya fueron desarrollados a propósito de la litigación de las partes:

- **Contundencia sistemática de los indicios.** Una buena porción de los casos penales que llegan a juicio no cuentan con prueba directa. No cuentan con un testigo presencial ni con una cámara de seguridad que -para gloria de la fiscalía- haya grabado furtivamente la comisión del delito. No obstante, esto no quiere decir en absoluto que en dichos casos no se pueda probar la culpabilidad del acusado más allá del estándar de convicción requerido. Cuando un caso no tiene prueba directa, entonces el Fiscal estará llamado a estructurar su caso en torno a prueba indiciaria: un testigo declara que el acusado le habría dicho “¡le voy a enseñar a esa miserable que a mí no me rechaza ninguna mujer!”; la víctima señala haber reconocido a su agresor pese a que la luz de la casa había sido cortada; otro testigo declara haber visto al acusado caminando cerca de la casa de la víctima escasos minutos antes de la violación; el informe del Servicio Médico Legal da cuenta de la presencia de semen intravaginal en la víctima, además de múltiples hematomas en la zona de la pelvis, las piernas, los brazos y la cara; por último, un perito declara que el cuchillo con que la víctima habría alcanzado a herir al agresor tiene muestras de sangre compatibles con la del acusado. En este caso, ninguna de las pruebas -salvo la declaración de la víctima- constituyen prueba directa. El testimonio de la víctima, a su turno, tiene en principio algunos problemas: se trata de la parte acusadora (luego, un interés inicial) y tenía problemas de percepción al momento en que dice haber reconocido al acusado. No obstante, el caso está lleno de prueba indiciaria que los jueces deberán evaluar y con arreglo a la cual podrá -si así finalmente lo decide- condenar al acusado.

De esta suerte, la convicción del tribunal puede -y comúnmente debe- ser construida sobre la base de evaluar la contundencia sistemática de la prueba como un todo. Sobre la base de valorar la concordancia que tienen unas pruebas con otras y extraer de ellas una conclusión razonada acerca de la culpabilidad del acusado. En el caso que proponíamos, ninguna de esas pruebas bastaría por si sola para condenar al acusado; sea porque se trata de pruebas puramente indiciarias -y, en consecuencia, no prueban directamente los hechos o la participación-, o bien porque la prueba aisladamente considerada tiene problemas de credibilidad (por ejemplo la declaración de la víctima, individualmente considerada), el hecho es que en este caso el fiscal no cuenta con una prueba directa y definitiva para su caso. Sin embargo, no es esto lo que se exige para la destrucción de la presunción de inocencia; lo que se exige, en cambio, es que el tribunal construya un razonamiento que pueda vincular la prueba rendida en un todo coherente y lógico, de manera que, si de la prueba así considerada se puede seguir la culpabilidad del acusado más allá del estándar de convicción, el tribunal puede legítimamente condenar. Ahora bien, esto concede un enorme poder a los jueces y ese poder tiene un precio: la prueba indiciaria tiene una alta exigencia de fundamentación y el juez debe justificar el razonamiento a través del cual vinculó la prueba en el específico sentido que lo hizo.

- **Máximas de la experiencia.** En principio, todas las personas compartimos un acervo mínimo de experiencia común. No se trata de experiencias que se repitan siempre o necesariamente, pero más o menos hay hechos que suelen ser de una determinada manera bajo determinados supuestos. Así, por ejemplo, compartimos la experiencia de que la gente ve mejor de noche que de día; que el paso del tiempo debilita nuestra memoria; que el suelo mojado hace menos controlable un vehículo; que un padre estaría dispuesto a mentir por proteger a su hijo; que las distancias toman ciertos tiempos en recorrerse. Compartimos experiencias en las más vastas y heterogéneas áreas de la vida cotidiana. Las máximas de la experiencia no tratan, como se ve, acerca de ningún conocimiento jurídico particular sino todo lo contrario: versan sobre la experiencia que compartimos como seres humanos. La importancia que tienen dentro del proceso de valoración de la prueba, entonces, es múltiple; aquí sólo mencionaremos dos: en primer lugar, se erige como una razón justificatoria perfectamente legítima del razonamiento judicial. Así, un juez puede perfectamente justificar confianza o desconfianza en la prueba basado en que ella es fiel o contraviene una máxima de experiencia. Desde luego, la parte puede siempre objetar que aquello que el juez invoca sea, en efecto, una máxima de la experiencia. Así, por ejemplo, si un juez pretende instalar una máxima de experiencia del tipo “todos compartimos la experiencia de que los Mapuches son más propensos al crimen” la parte podría perfectamente impugnar dicho concepto como una experiencia generalizadamente compartida por las personas. En segundo lugar, las máximas de la experiencia movilizan la carga del debate y de la prueba; así, las máximas de la experiencia concederían una credibilidad inicial a las proposiciones fácticas concordantes con ellas, y la parte que alegue proposiciones fácticas que se distancien de dicha experiencia deberán explicar por qué en este caso debemos creer que las cosas ocurrieron de un modo distinto a aquél que suelen ocurrir. Así, por ejemplo, si se ha acreditado que el sitio del suceso estaba

completamente obscuro -era el sótano no iluminado de una fábrica- entonces el testigo que dice haber visto al acusado cometer el delito -y poder reconocerlo- tendrá que explicarnos por qué su caso particular se desvía de la experiencia por todos compartida en el sentido de que la gente no puede ver sin luz. Quizás el testigo pueda darnos una explicación al respecto; por ejemplo, podría decirnos que lo siguió oculltamente hasta que salió del edificio, y entonces lo vio claramente; o bien nos podrá decir que el sujeto prendió una lámpara para consumar su crimen, y entonces distinguió su rostro con nitidez; o bien, que la gerencia de la fábrica lo había provisto con un equipo de visión infrarroja para poder cuidar el lugar de noche... la explicación puede ser verosímil o no; el hecho es que si el tribunal la acepta, podrá apartarse entonces de valorar esta específica porción del testimonio de acuerdo a las máximas de experiencias aplicables

- **Consistencia interna.** Un juicio consiste en el enfrentamiento de dos relatos. En este sentido, parece natural que las versiones de ambas partes sean inconsistentes entre sí. Sin embargo, cuando el relato de una de las partes presenta falta de consistencia interna, hay razones para comenzar a sospechar de la credibilidad de dicho relato. Ejemplos de esto hay de todos los tipos, e incluyen desde contradicciones de un testigo con sus propios dichos, hasta inconsistencias entre distintas pruebas aportadas por la misma parte.
- **Motivo (interés).** La motivación de un testigo por declarar tiene sin duda relación con su credibilidad. Es importante, en consecuencia, intentar develar si tal motivación o interés existe y cuál sería. Las posibilidades aquí son múltiples: el testigo puede estar intentando salvar a su mejor amigo o a su pareja; el socio comercial puede anticipar que las acciones de su empresa bajarán si se condena al inculpado; este testigo puede ser su antiguo enemigo o acaso aquél tener interés en que se lo condene para quedarse con su mujer. Sin embargo, no basta con develar que dicha motivación existe, sino que será necesario además para el juez realizar un cierto juicio acerca de que ese interés lo podría llevar de hecho a tergiversar su testimonio. Por ejemplo, bien podría un testigo decir: “en efecto, soy un antiguo enemigo del inculpado y no le tengo ningún aprecio, pero no cargaría en mi conciencia encarcelar a un hombre inocente, de manera que no vengo más que a declarar lo que vi esa noche...”. El juez bien podría estimar que este testigo en particular -pese a reconocerse enemigo del inculpado- es igualmente creíble.
- **Conducta.** Se trata éste de un tema que alberga muchos debates y respecto del cual hay que proceder con cautela. La cuestión aquí es de qué manera el comportamiento pasado de un testigo impacta en su credibilidad. ¿Da lo mismo que quién declara sea un respetable hombre de negocios o que sea un pordiosero vagabundo? ¿da lo mismo que sea un buen cura de parroquia a que sea una prostituta o un drogadicto? Aquí hay algunas apreciaciones más legítimas que otras. Desde luego, no parece que haya ningún problema para que personas cuyas conductas no aprobamos perciban perfectamente a través de sus sentidos hechos acerca de los cuales pueden venir a declarar fidedignamente al tribunal. En este sentido, no parece razonable distribuir de esta manera el peso probatorio de los testigos ¿por qué iba a ser más confiable un buen padre de clase alta que un

mendigo, un ebrio, un lanza o una prostituta? Los antecedentes de conducta que se deben buscar son aquellos que sí pueden impactar en la credibilidad del testigo. Una primera posibilidad recae en aquellas conductas que afecten las capacidades de percepción; así ocurre, por ejemplo, con los drogadictos o los alcohólicos, siempre que hayan estado drogados o ebrios al momento de los hechos; una segunda hipótesis es que la conducta tenga que ver directamente con su credibilidad, como cuando se prueba que declara recurrentemente en juicios o como cuando se lo ha perseguido derechamente por perjurio.

- **Detalle.** En este caso el juez cuenta con un elemento que juega para ambos lados: por una parte, creemos que si una persona efectivamente presencié un hecho entonces debería estar en condiciones de ofrecer algún nivel de detalle acerca de aquello en que dice haber participado. Este nivel de detalle será aquel que corresponda a la memoria normal, dadas las características de la persona y de las circunstancias en cuestión. Como contrapartida, más allá de la memoria normal dadas las características de la persona y de las circunstancias, uno puede empezar a sospechar. De este modo, si el testigo dice haber estado involucrado en el choque, entonces es razonable pedirle que recuerde detalles como dónde se produjo éste, cuántos vehículos estuvieron involucrados o si iba alguien más en su mismo auto. Estos detalles los recordaría cualquier persona normal en dicha situación y si el testigo no nos puede ofrecer ese nivel de memoria, entonces algo anda mal. No obstante, si el testigo recuerda no sólo esos detalles sino que, además, en medio del violentísimo choque en que murió su hermana puede además recordar con precisión la patente del auto que los chocó por detrás y luego se dio a la fuga, así como el tatuaje que llevaba en el brazo el conductor de dicho auto y el modelo de las llantas que tenía en las ruedas, algo anda mal también en la credibilidad de ese testigo.
- **Elementos subjetivos.** Aquí hay un espacio fuerte para la discrecionalidad del juez en la apreciación de la prueba, que como contrapartida exige también una fundamentación ineludible. Si finalmente la cuestión de la prueba consiste en la credibilidad que ésta tenga a ojos del juzgador, es imposible evitar que influyan en éste todo el conjunto de subjetivas razones por las que todas las personas concedemos o negamos credibilidad a los relatos de las personas. Puede ser que al juez le haya parecido que el testigo ocultaba algo y que a eso se debía su nerviosismo; que fue evasivo en ciertos temas, que se negó a responder las preguntas o que simplemente parecía estar mintiendo. Aquí los jueces tendrán que ser explícitos y acuciosos, estando obligados a construir razonamientos reproducibles e intersubjetivos que discriminen -por decirlo de algún modo- las valoraciones subjetivas del juez que encuentran sustento en las máximas de la experiencia y el sentido común, de la simple arbitrariedad y el prejuicio. Así, por ejemplo, si el tribunal señala en su sentencia que el testigo hablaba incoherentemente, sudaba y esquivaba la mirada de los jueces, la conclusión de que el testigo no es creíble es sin duda subjetiva; no obstante, no parece arbitraria y uno podría sustentarla en base a cierto sentido compartido acerca de cuál es la actitud de una persona que miente y cuál la actitud de una persona que dice la verdad. En cambio, si la conclusión de que el testigo no está diciendo la verdad se funda en el

hecho de que se trata de un Gitano y los Gitanos suelen mentir, ese razonamiento parece pertenecer a un tipo de subjetividad puramente prejuiciosa, que difícilmente puede encontrar apoyo en las máximas de la experiencia o el sentido común.

- **Hechos conocidos, no controvertidos, o acordados.** Toda prueba tiene como piedra de choque ciertos hechos que, por ser conocidos o no ser materia de controversia, no requieren ser probados y se asumen como ciertos. En la medida en que la prueba de una de las partes es inconsistente con esos hechos va perdiendo credibilidad. Así, por ejemplo, por muy seguro y certero que sea el testimonio de un testigo en el sentido de que los hechos ocurrieron en el bar "El Lucho", esa declaración será considerada inverosímil si ambas partes están de acuerdo en que el día de los hechos se encontraban en la casa del inculpado. Allí, claramente el testigo en cuestión está en un error y se está refiriendo probablemente a otros hechos, no a los que al juicio le interesan.

Una posibilidad no contemplada en el Código pero que constituiría una práctica muy interesante desarrollar, sería la posibilidad de llegar a convenciones de prueba entre las partes. Esto es, la posibilidad de que las partes -probablemente en la audiencia de preparación- revisen explícitamente si hay hechos del caso respecto de los cuales no hay discrepancias, de manera de acotar el debate y la prueba a los hechos que sí están controvertidos.

- **Expertizaje.** El expertizaje plantea, por una parte, problemas de admisibilidad de la prueba y, por la otra, problemas de credibilidad. Como dijimos, en el contexto del sistema de valoración libre de la prueba no hay expertizaje preconstituido y, en consecuencia, cualquier persona está en calidad de perito o testigo experto en la medida en que dé cuenta del expertizaje que alega tener. No obstante, no es menos cierto que, en la medida en que la materia requiera conocimientos especiales, la información que aporta un experto es relevante sólo si tiene la experticia que alega. El juez requerirá, entonces, antecedentes que hagan presumir al menos prima facie que tiene una experticia básica en el tema en cuestión y, no teniéndola, el juez bien puede considerar su eventual testimonio como una mera opinión de lego, irrelevante para el juicio y, por lo mismo, inadmisibile. El caso que nos interesa de cara al fallo, sin embargo, es el segundo: hay antecedentes suficientes para presentar al testigo como experto, y la cuestión es cómo valoramos su declaración. Desde luego el expertizaje es un elemento de valoración de la prueba y debe ser tomado con mucha seriedad, porque los expertos suelen erigirse como prueba única de las proposiciones fácticas respecto de las cuales declaran. No se trata de que no pueda haber más de un experto declarando incluso de manera confrontacional, pero los temas que requieren experticia exigen que la convicción a la que llega el juez se funde en base a conocimientos expertos y no sobre ningún otro. Así, por ejemplo, la única forma que tenemos de saber si hubo una identificación positiva de la huella digital hallada en el sitio del suceso estará determinada por la discusión de expertizaje en el juicio, sea que se trate del perito de la policía en cuestión al cual la defensa contraexamina, sea que se trate de la contraposición de opiniones expertas distintas entre dicho perito y otro que presente la defensa. Cualquiera sea el caso, suelen no haber respecto de esto más pruebas que las que se desarrollen en el

ámbito de la prueba de peritos; la credibilidad en base a expertizaje se configura fundamentalmente por la acreditación. Cada vez que alguien pretende que su declaración no sea considerada como la de un simple testigo, sino que se le confiera la autoridad que reviste la ciencia, disciplina o arte, esa persona debe dar buena cuenta de ‘calificar’ para esa pretensión. Esa calificación tiene dos vertientes: formación o experiencia. En ocasiones será esencial para el tribunal que el testigo acredite respecto de una de estas vertientes en particular, en ocasiones en ambas ellas. Así, del médico forense no sólo queremos saber si estudió medicina (y estaremos dispuestos además a concederle mayor credibilidad si dichos estudios son además contundentes en calidad y cantidad) sino también si tiene de hecho experiencia haciendo autopsias, cuántas a hecho en su vida profesional y cuántas del mismo tipo que nos ocupan en este juicio. Si este médico forense estudió en las mejores universidades pero está es la primera vez que realiza una autopsia, desde luego eso podrá estar reflejado en la credibilidad que le prestemos a su testimonio. Por otra parte, es posible que la información que el tribunal busca no requiera particularmente experiencia sino, precisamente, una opinión dada por la teoría de la ciencia. Este es el caso, por ejemplo, si lo que se busca del perito es la información acerca de si el nivel de contaminación de un río puede ser idóneo para causar la muerte de una persona. En cuanto a la credibilidad de un experto, entonces, el juez tendrá que evaluar caso a caso dependiendo en primer lugar de la acreditación del mismo, sea que provenga de su formación o de su experiencia. Una vez acreditada la experticia de una persona en una determinada materia, desde luego su declaración tiene un peso específico mayor, en principio y en dicha materia específica, al que pudiera tener el resto de la prueba y el juez, por lo tanto, debe valorarla en ese sentido.

- Rigor de los procedimientos. Existe una buena porción de la prueba que se basa en procedimientos técnicos. Casos típicos de ello son los procedimientos policiales – en particular el tratamiento de la escena del delito y el levantamiento de prueba desde allí, aunque también la investigación misma y el modo en que ‘hace blanco’ en determinado sospechoso o el mismo procedimiento de reconocimiento de un sospechoso por un testigo. En esta situación suelen encontrarse también los informes periciales hechos a partir de muestras sobre las cuales se practican procedimientos científicos (huellas dactilares, análisis de sangre, semen, pelos, análisis balísticos, etc.). Estos procedimientos con frecuencia han sido establecidos a través de largos procesos de ensayo y error, de manera que sirvan para resguardar la integridad de los resultados; en el caso de los procedimientos policiales, ellos deben dar cuenta de una investigación profesional a través de la cual las sospechas fueron configurándose en torno a un individuo. No sería aceptable, por ejemplo, que el policía a cargo de la investigación dijera que simplemente su intuición policial lo hace creer que el culpable es tal o cual persona, como no lo sería tampoco que el procedimiento de reconocimiento del sospechoso por parte de la víctima consistiera en mostrárselo individualmente en el cuartel policial y preguntarle si ese es el agresor. En general, se trata de que la policía pueda dar cuenta de una investigación profesional y científica que condujo precisamente a la identificación del sospechoso. En el caso de las pruebas periciales, también allí los procedimientos suelen cumplir esta función cautelar del producto final, las

conclusiones de los análisis; así por ejemplo, la idea de manipular los elementos de delito con guantes, de guardarlos en recipientes sellados, de evitar su alteración o el acceso irrestricto a ellos por cualquier persona, tiene por objeto precisamente que los resultados sean fieles y que las muestras o soportes sobre los cuales se van a practicar las pericias no se alteren o modifiquen, dando resultados poco confiables para el caso que nos ocupa. El juez deberá, en este sentido, restar credibilidad a la porción de la prueba resguardada por procedimientos destinados a custodiar la integridad de sus resultados, cuando dichos procedimientos hayan sido infringidos o llevados negligentemente por quienes estaban a su cargo y el juez estime que dicha infracción o negligencia haya podido impactar en la credibilidad de las conclusiones.

3. ¿Cómo captura el juez la información?

Una de las principales preocupaciones prácticas que tendrán los jueces dentro del juicio oral será la de capturar y retener la información que en él se produzca. Esta preocupación levanta dos temas centrales: 1) la función que cumple el registro en el juicio oral y 2) las notas que debe tomar para sí el juez durante el desarrollo del juicio.

3.1 El registro del tribunal

Uno de los pilares de la reforma es la idea de que los jueces sólo pueden fallar utilizando como base pruebas cuya producción hayan percibido directamente. Esta idea-fuerza se conoce como el "principio de inmediación" y exige, precisamente, que nada medie entre la prueba presentada y el juez que resuelve en conformidad con ella. Este principio es precisamente el que justifica la oralidad de los procesos: sólo la oralidad garantizaría esta relación inmediata entre el juez y la prueba, mientras que la escrituración de la misma atentaría contra dicho principio. De este modo, cuando la prueba es escriturada en actas o registro y el juez resuelve en base a esa escrituración y no sobre un recuerdo fresco de la prueba producida, el principio quedaría vulnerado. Fallando sobre actas o registros el juez se privaría de numerosos elementos de juicio respecto de la prueba producida, y no estaría, en consecuencia, en condiciones de valorarla.

Por otra parte, tener registro de lo acontecido en el juicio tiene ventajas obvias en cuanto permite fijar las declaraciones de los testigos o las actuaciones de las partes, con su consecuente utilidad tanto en el juicio mismo como en el sistema de recursos.

La principal cuestión que surge en torno a esto, entonces, es de carácter más bien político que jurídico: ¿cómo evitar el riesgo evidente de que, habiendo registros de la audiencia, los jueces fallen sobre dichos registros y no sobre el recuerdo fresco de la prueba producida en el juicio? Por supuesto, mientras mayor sea la fidelidad del registro tanto mayores sus ventajas prácticas y tanta más intensa la tentación de burlar la inmediación a través de ellos. Quizás la única realidad que contrarreste esta fuerte tentación es que el registro fiel de cada mañana o tarde de juicio puede acumular varios cientos de páginas, por

lo que su utilización generalizada por los jueces tendría un impacto insostenible en los tiempos estimados razonables para alcanzar una decisión sobre el fallo.

Los puntos que deberían consolidarse respecto del uso de los registros son los siguientes:

- Los jueces nunca debieran fallar sobre información de la que no tengan imágenes directa.
- Los jueces debieran comprender con claridad que la utilización de registros disminuye la intervención de su propio razonamiento y limita, en consecuencia, el rol que están llamados a cumplir.
- La principal función del registro debiera ser posibilitar el sistema de recursos.
- Adicionalmente, el registro podría eventualmente ser usado para acceder a tal o cual afirmación precisa de un testigo o parte, aunque con un uso restringido a la afirmación en cuestión y nunca sustituyendo la memoria del tribunal.

3.2 Las notas personales del juez.

El juez debe inevitablemente tomar notas durante el juicio. Cada juez debe tomar sus propias notas. Esta no es una obligación normativa, sino que tiene relación con método de desarrollar profesionalmente su labor. Las notas del juez son personales y son parte de su trabajo profesional, tal cual lo es para las partes la elaboración de la teoría del caso. Esta es por excelencia la forma en que el juez captura la información: sólo él sabe qué información le es relevante para formar finalmente su convicción y, puesto que la información es mucha y de muy diversa naturaleza, sólo él sabe cómo quiere registrarla para utilizarla luego con claridad al momento de deliberar. Estas notas no están en consecuencia abiertas a las partes y para éstas no tienen ninguna importancia sino en la medida en que se manifiestan en el razonamiento judicial expresado en la sentencia. Las notas del juez debieran -preparando la decisión final- apuntar básicamente a dos tipos de cuestiones: hechos y valoraciones. Adicionalmente, las exclusiones presentan un problema para las notas del juez. Aquí van algunas líneas que debieran estar presentes en las notas tomadas por el juez durante el juicio oral:

a) Hechos:

- Afirmaciones de hecho relevantes y legítimas realizadas por los testigos. (No sería legítimo, por ejemplo, que un testigo hiciera una afirmación de hecho que no percibió directamente -como afirmar que otra persona sintió lo mismo que él- o para la cual se requiere una experticia de la que él carece -como afirmar que la causa de la muerte fue el disparo, sin ser el médico forense). Estas anotaciones debieran ser del tipo:

Testigo A:

- "Estuve en la casa de Juan ese Sábado a las 17:00 hrs."
- Juan mostraba signos de estar ebrio, hedía a alcohol y apenas se movía.
- En un momento determinado, Juan sacó un revólver de su bolsillo...

- Objetos debidamente introducidos en el juicio. La prueba material exige ser ‘acreditada’ para poder ingresar al debate y al conjunto de la evidencia. La parte no puede simplemente pararse y decir “esta es el arma hallada en el sitio del suceso y, bueno, tienen que creerme que se trata de la misma arma...”. En consecuencia, si se quiere introducir prueba material -objetos o documentos- se debe traer a un testigo idóneo para decirnos que éste es efectivamente el objeto que la parte pretende que sea, dando además razones de sus dichos. En el caso del arma hallada en el sitio del suceso, por ejemplo, el policía que concurrió a él y selló el arma como prueba sería un testigo perfectamente idóneo. Este es todo un tema -el de la prueba material y su introducción en el juicio- y no es el objeto de este texto exponerlo. En este sentido, las notas del juez debieran decir algo así como:

Objeto N°1 del Ministerio Público, identificado como el revólver hallado en la escena del crimen por el testigo Sr. Maldonado. El revólver además fue reconocido por la Sra. Gajardo como el arma que su marido guardaba bajo la cama.

- Piezas documentales que no constituyen declaraciones extrajudiciales y que han sido debidamente introducidas en el juicio. Así por ejemplo el video de seguridad del banco, el diagrama de la casa en que ocurrió el homicidio, el mapa del barrio donde se hizo la redada policial, etc. En este sentido, las notas del juez debieran consignar cosas como la siguiente:

Objeto N°2 del Ministerio Público, diagrama, reconocido por Patricio Mardones como una representación adecuada y fidedigna de su casa.

b) Valoraciones:

- Capacidad del testigo para percibir los hechos que afirma. En este sentido, el Juez debiera tomar notas como la que sigue: "el testigo afirma haber oído la voz del imputado, no ha sido capaz de decir qué decía dicha voz, además de haber reconocido que no llevaba ese día audífono que requiere para oír, y en el tribunal quedó claro que es incapaz de escuchar incluso en distancias cortas..."
- Credibilidad de la prueba. En este sentido el Juez debiera registrar de qué manera concurren los elementos de credibilidad que ya hemos comentado. Debería, en consecuencia, registrar valoraciones como las que siguen: "el testigo afirma haber recorrido aproximadamente 5 Km a pie en un lapso de 20 minutos, pero eso contradice las máximas de la experiencia y, por lo tanto, no resulta verosímil..."; o bien, "La Sra. Salazar afirma que su marido estaba con ella al momento en que se cometió el homicidio y, pese a la relación que los une, me parece, dados los detalles y la consistencia de su testimonio, que se trató de una declaración verdadera y que debe considerarse creíble..."

Como se puede apreciar, el registro oficial de la audiencia y las notas personales del juez cumplen una función muy diversa. El material a través del cual el juez realmente trabaja la prueba son sus notas personales, y allí deberá ir consignando del modo que mejor le parezca lo que está viendo en el juicio. La idea de que “sin registro fidedigno no se puede fallar” obedece simplemente al hecho de que los jueces hoy en día no están acostumbrados

a hacer este ejercicio de valoración de la prueba. En el mejor de los casos la suman o la restan, pero eso es algo muy distinto. Valorarla significa involucrar apreciaciones personales del juez, y eso jamás ha sido hecho por el registro oficial de la audiencia. La gran utilidad de estos registros -por ejemplo en los casos más duros que acabamos de ver- es preparar la casación para el caso de que el inculcado quiera impugnar su condena por haberse introducido alguno de estos elementos prohibidos, o por haberse infringido cualquier otra norma legal o constitucional en la dictación del fallo.

4. El fallo inmediato

El proyecto de CPP obliga a fallar a los jueces “inmediatamente después de clausurado el debate”. Sólo podrán concurrir a la deliberación y dictación del veredicto y sentencia -bajo sanción de nulidad- los jueces que hubieren asistido a la totalidad del juicio. Cerrado el debate, entonces, los jueces que hayan integrado el tribunal en lo penal deben reunirse privadamente y deliberar, hasta alcanzar una mayoría. Éste es el momento en que el juez termina de formarse una convicción sobre la prueba que ha venido recorriendo de ida y vuelta a lo largo de todo el juicio. Ahora bien, ¿qué quiere decir “inmediatamente”? Esta pregunta ha constituido una preocupación central de los jueces y resulta un tema clave para consolidar la importancia del juicio oral. La idea fuerza a la que el fallo inmediato responde es la inmediación del tribunal. “Inmediatamente” no restringe el tiempo que el tribunal puede tomarse para llegar a una convicción. El tribunal dispone de todo el tiempo necesario y, si no alcanza a decidir ese día, nada obsta a que continúen la deliberación al día siguiente y así hasta que arriben a una decisión. La cuestión clave, sin embargo, es que deben fallar estrictamente en base a su recuerdo fresco y preciso de la prueba que acaban de presenciar en la audiencia. En consecuencia:

- El tribunal dispone de todo el tiempo que sea necesario para arribar a una convicción.
- Los jueces no puede abocarse a ninguna otra labor mientras esta decisión no esté tomada. No pueden conocer otros juicios ni dedicarse a otras tareas, pues en ese caso siempre corren el riesgo de contaminar su memoria fresca del juicio que están fallando con los antecedentes de otras causas.
- Los jueces no pueden bajo ninguna circunstancia hacer descansar su decisión en el registro del juicio ni en ningún otro tipo de acta. La prueba es aquella que se presentó oralmente en el tribunal, sometida a la contradictoriedad del juicio, que ellos percibieron directamente, todo lo cual generó en ellos juicios de credibilidad que ahora deben finalmente plasmar en una resolución. En consecuencia, es en virtud de la memoria fresca del juicio que los jueces deben fallar y de ninguna manera en base al registro del mismo.

El fallo inmediato pone sobre el tapete dos temas adicionales de crucial importancia:

4.1 Estándar de prueba

El Código exige que, para condenar a una persona, que el tribunal haya adquirido “la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Sin embargo, ¿Qué significa que los jueces hayan adquirido “la convicción”? ¿Qué quiere decir esta expresión? Desde luego, no es su sentido semántico lo que interesa aquí. Al significado de esta expresión subyace una profunda decisión política, que consiste en la fijación de un estándar de prueba para el Ministerio Público -para el Estado- de cara a que los jueces lo autoricen para consolidar la persecución penal en contra del individuo. Veamos: el Estado dice creer que un individuo ha cometido un delito. Dice haber investigado y tener antecedentes al respecto. La sociedad democrática le otorga tal poder, pero por lo mismo necesita controlar que su uso no sea arbitrario, de manera que le encarga a los jueces verificar que el Estado puede en verdad probar los hechos que afirma respecto de este individuo. ¿Cuán intensamente queremos encargarle a nuestros jueces que verifiquen la información -la prueba- del Estado? Esa es la cuestión: cuál es el estándar de prueba que le vamos a exigir al Estado para dar por satisfecha su obligación de probar lo que afirma respecto de la culpabilidad de un individuo. Cuál es el estándar de prueba que vamos a exigir para la encarcelación de una persona.

Las alternativas aquí recorren todo el espectro. ¿Deberán los jueces entender que “convicción” significará que estimen más probable la tesis de que el sujeto cometió el delito que la tesis de que no lo cometió? ¿Podrán los jueces estimarse “convencidos” por la sola presentación por parte del Ministerio Público de algunos antecedentes que apunten hacia la culpabilidad del sujeto? ¿O para estar “convencidos” exigirán una certeza absoluta? Como salta a la vista, hay aquí un vasto desarrollo para la elaboración jurisprudencial, desarrollo que tiene la máxima importancia política pues responde a una pregunta políticamente crucial, a saber, ¿cuánto le vamos a exigir al Ministerio Público probar su caso para autorizar al Estado a proceder penalmente en contra de las personas?⁶ Al respecto, algunas observaciones:

- El estándar de prueba para condenar penalmente a alguien debe ser el más alto dentro del sistema judicial, pues la intervención penal es el ejercicio más intenso y dramático del poder estatal.
- Un alto estándar de prueba exige al Estado información de alta calidad y eficiencia en la investigación penal, minimizando la posibilidad de que, por error o simple arbitrariedad, condenemos a un inocente.
- En consecuencia, nada impide -y todo aconseja- que este estándar de prueba sea diferente al de otras áreas del derecho. Así, el estándar de prueba exigido para condenar

⁶ Como se sabe, el estándar exigido en los Estados Unidos de Norteamérica es el de adquirir la convicción más allá de toda duda razonable, lo que ha dado lugar a un amplio desarrollo de tal concepto de duda razonable.

a alguien penalmente debe ser mucho más exigente que para decidir una controversia, por ejemplo, civil o laboral

- Si el sistema judicial se toma con seriedad la idea de hacer fuertes exigencias de prueba al Estado para condenar a un individuo, entonces ese estándar debe ser vinculante para los jueces. Los jueces, en consecuencia, deben sentirse obligados por dicho estándar y percibir su propio rol como custodios del mismo. De esta suerte, si el Ministerio Público no satisface el estándar requerido, los jueces deben sentirse obligados a absolver aun cuando, por debajo de dicho estándar, alberguen todas las sospechas de que el sujeto es culpable (supuesto, claro, que la elaboración judicial haya decidido que el estándar de convicción es más exigente que simplemente tener “fuertes sospechas”).
- La responsabilidad de satisfacer el estándar de prueba es del Estado, a través del Ministerio Público y de la policía. La función de los jueces es precisamente controlar que el Ministerio Público lo cumpla, de manera que cada vez que absuelvan a alguien porque el Estado ha sido incapaz de satisfacer el estándar de prueba requerido para condenar penalmente a alguien, estarán cumpliendo a cabalidad el rol que el sistema democrático les ha confiado. Quien quiera denunciar la liberación de una persona que nos parecía claramente culpable debe dirigir su crítica en contra del Ministerio Público, pues era su responsabilidad probar su caso y es él quien debe rendir cuentas por ese fracaso.

4.2 Fundamentación de la sentencia

Como hemos anunciado ya, la casi completa libertad probatoria tiene una contracara: impone a los jueces altas exigencias en torno a la fundamentación del fallo. El Código señala que la sentencia contendrá “...*la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo a lo dispuesto...* (en la norma que establece el sistema de libre valoración)”. A su turno, ya habíamos revisado la norma en cuestión “*los tribunales apreciarán la prueba con entera libertad. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá de la fundamentación de cada uno de los hechos y circunstancias que se den por probados y el señalamiento de el o los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados tales hechos y circunstancias. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar dichas conclusiones... en su fundamentación el tribunal deberá hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo... en la valoración de la prueba no se podrán contradecir las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados ni las máximas de la experiencia... la existencia de un hecho o circunstancia podrá ser deducida por medio de indicios, en tanto ellos se funden en hechos reales y sean múltiples, graves, precisos y concordantes.*” . Esta es la exigencia substancial al razonamiento expresado en la sentencia, además de lo cual ésta deberá contener los demás contenidos que el Código le requiere.

De estas disposiciones se siguen las siguientes consecuencias:

a) Razonamiento reproducible

Esta es probablemente la máxima de oro de un razonamiento judicial que legitime la decisión del tribunal. De hecho, todas las exigencias que es posible extraer de estas dos normas y que trataremos a continuación no intentan sino hacer operativo este requisito. El razonamiento seguido para fundar el fallo debe ser susceptible de ser reproducido por cualquier persona. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir al menos las siguientes tres cosas:

- Que sea lógicamente plausible. Es decir, que desde un punto de vista lógico exista al menos la posibilidad de extraer las conclusiones a que el razonamiento arriba. Que, admitiendo la prueba otros razonamientos posibles desde un punto de vista lógico, el tribunal dé razones para preferir esta específica versión. Así, por ejemplo, un razonamiento que da por acreditado a la vez el hecho de que el acusado no estaba en el país el día que se cometió el crimen y el hecho de que fue él quien apuñaló a la víctima, no es lógicamente plausible. Claro, nadie hace razonamientos tan claramente disparatados, pero el ejemplo tiene fines ilustrativos. Veamos otro más cercano a nuestra realidad: si uno revisa los actuales sometimientos a proceso -resoluciones que también tienen exigencias de fundamentación- uno se topa con una larga lista de antecedentes invocados para acreditar las presunciones requeridas. En ocasiones, cuando uno revisa los antecedentes invocados, está incluida, por ejemplo, la declaración del imputado cuyo único texto es “soy completamente inocente, yo no cometí este delito y puedo probarlo”. No es lógicamente plausible sostener que de dicha información se sigue la presunción de culpabilidad en modo alguno. Luego, cuando el razonamiento judicial incluye este antecedente para fundar la resolución, está infringiendo la exigencia de fundamentación.
- Que, habiendo más de una conclusión lógica posible, el tribunal dé razones intersubjetivas acerca de su preferencia. Esto es, que dé al lector de la sentencia razones que éste pueda aceptar -no necesariamente acoger, sino aceptar- sin necesidad de compartir la propia subjetividad de él o los jueces. Razones típicamente intersubjetivas son por ejemplo -de allí su utilización en la norma- las reglas de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia -en la medida en que sean máximas- y el sentido común -en la medida en que sea efectivamente común. Veamos el siguiente ejemplo: “el tribunal considera probado que el revólver estuvo en poder de Juan porque le da crédito a la pericia policial que encontró en dicha arma sus huellas dactilares”. Supongamos que el hermano de Juan -Pedro, lector de esta sentencia- tiene la íntima convicción de que Juan jamás podría haber tenido un arma en la mano. Está seguro de eso por la razón que sea -supongamos que es una buena razón- y, en consecuencia, está convencido de que el tribunal está equivocado. Sin embargo, a pesar de que no adhiera al razonamiento del tribunal, no puede no aceptar que la conclusión del tribunal es plausible y que es una razón para preferir la versión de que Juan tuvo el arma en su poder por sobre la versión de Juan en el sentido de jamás haberla visto. Quizás Pedro habría dado más crédito al testimonio de Juan que a la pericia de huellas; quizás lo habría hecho con justicia (por ejemplo porque sabe que la policía está incriminando a Juan); pero no puede decir que no le es posible reproducir el

razonamiento judicial en este caso. No puede afirmar -legítimamente- que el tribunal no haya tenido una “razón”. Esta “razón” es intersubjetiva, pues no exige de Pedro de ninguna manera asumir la subjetividad del tribunal. De hecho, la subjetividad de ambos es claramente contraria -Pedro le habría creído a Juan, el tribunal le creyó al perito- y, aun así, Pedro no puede sino aceptar que el hecho de haber hallado huellas en el arma es una razón plausible de ser invocada. Veamos este otro caso: el tribunal señala que no va a tener en cuenta el testimonio de la testigo de coartada porque, siendo prostituta, no puede sino estar mintiendo. En este caso, salvo que alguien estuviera dispuesto a defender como máxima de la experiencia que el hecho de que una mujer sea prostituta la convierte en una mentirosa y perjura indiscriminada, ese razonamiento le exigiría al lector de la sentencia asumir la propia subjetividad del juez para poder ser reproducido. Sólo si uno asume la convicción subjetiva del juez de que “no es posible que una prostituta diga la verdad” podrá seguir hiladamente el razonamiento contenido en la sentencia. Si uno no asume dicha subjetividad, entonces, probablemente, llegue un momento en la lectura de la sentencia en que uno diga: “no entiendo... ¿cómo fue que saltó del hecho de que ella es prostituta al hecho de que estaba mintiendo cuando dijo haber estado con el acusado esa noche...? Esto interrumpe mi lectura de la sentencia... no puedo reproducir el modo en que el tribunal razonó...”

b) Núcleo fáctico (proposiciones fácticas). Claro, preciso y lógico.

El razonamiento judicial contenido en la sentencia debe expresar cuál es, por así llamarlo, el ‘núcleo fáctico’ del caso. Es decir, cuáles son los hechos que el tribunal estima probados. Este núcleo fáctico estará compuesto por un conjunto de proposiciones fácticas que el tribunal deberá explicitar de manera clara y precisa, en términos además de que dichas proposiciones fácticas no sean contradictorias entre sí. Así, por ejemplo, la sentencia dará por probadas las siguientes proposiciones fácticas:

- 1) Que en la madrugada del 12 de Agosto, aproximadamente a las 05:00 de la madrugada, Juan Carlos Carmona concurrió a la casa de José Maldonado
- 2) Que lo acompañaban al menos tres personas, que se individualizan, uno de los cuales era Pedro Bilbao.
- 3) Que el grupo comenzó a lanzar piedras en la ventana de Maldonado para despertarlo, con la intención de que les vendiera Marihuana. Una de esas piedras rompió la ventana del dormitorio de la hija de Maldonado.
- 4) Que Maldonado salió a la calle armado con un revolver marca Famae, calibre 38.
- 5) Que, tras un breve intercambio de gritos e insultos, José Maldonado disparó el arma en contra de Juan Carlos Carmona, alcanzándolo en la zona del abdomen y causándole la muerte.

Esta parte de la sentencia no reviste gran novedad. A su turno, la estructura misma de la sentencia no es tampoco importante: uno podría ir explicando de una en una la forma en que cada proposición fáctica quedó acreditada en el debate; o bien, explicitar el conjunto de proposiciones fácticas como recién hicimos para luego hacerse cargo de cada una de ellas. A su turno, uno podría construir las proposiciones fácticas cronológicamente -como acabamos de hacer- o bien desde el delito mismo y de ahí ‘desenvolver’ el relato hacia

atrás. (Carmona se despertó en la madrugada producto de gritos que venían de la calle; una piedra rompió la ventana de su hija; salió a la calle con un arma... etc.); el relato se puede construir desde la víctima -como en el primer caso- o bien desde el acusado –como en el segundo. Lo importante es que las proposiciones fácticas que se estiman probadas se expliciten de modo que:

- Permitan en la parte que sigue saber si es reproducible el modo en que el tribunal dio por acreditadas cada una de ellas, al momento en que valore la prueba.
- Permitan saber si fueron acreditadas las proposiciones fácticas necesarias para configurar las ‘teorías jurídicas’ invocadas (tipo penal, agravamiento de la responsabilidad, legítima defensa... etc.).

c) Valoración de la prueba que acredita las proposiciones fácticas. Indicios. Refutaciones. Hechos no controvertidos. Máximas de la experiencia, lógica, conocimiento científico.

Establecido el núcleo fáctico del caso, todavía resta a la sentencia justificar la opción por esas proposiciones fácticas precisas en lugar de las versiones alternativas (porque preferí esta versión de los hechos y no alguna de las otras). Como se dijo, la piedra de choque consiste en que el razonamiento sea reproducible. En consecuencia:

- **Hechos conocidos.** Ya hemos hablado de ellos, de manera que lo mencionamos aquí nada más a favor de la sistematicidad. La “piedra de choque” para construir un razonamiento intersubjetivo -y por lo tanto reproducible- la constituyen aquellos hechos considerados “conocidos”. Sea porque son de público conocimiento, sea porque no han sido controvertidos por las partes, sea porque han sido derechamente concordados por ellas como ciertos, dichos hechos delimitan el debate y, consecuentemente, el razonamiento judicial. La sentencia deberá partir entonces haciéndose cargo de cuales hechos, cuáles son en consecuencia los hechos en disputa sobre los cuáles el fallo se va a pronunciar.
- **Prueba directa versus prueba indiciaria: el rol de la experiencia.** Para que la valoración que se hace de la prueba justifique la decisión que se toma en cuanto a dar por acreditada una determinada proposición fáctica, dicha valoración debe ser intersubjetiva del modo que explicamos más arriba. Esto da lugar a dos situaciones distintas:
 - Si la proposición fáctica va a darse por probada en base a una prueba directa, ese razonamiento es siempre intersubjetivo con tal de que la autenticidad de dicha prueba - la autenticidad de la premisa- se encuentre zanjada. Esto es así porque en el caso de la prueba directa la conclusión no es meramente plausible desde un punto de vista lógico, sino necesaria. Y si la conclusión es lógicamente necesaria, entonces es por definición intersubjetiva pues nadie podría concluir una cosa distinta. Recordemos que una prueba directa es aquella que no exige que medie ningún tipo de razonamiento entre la prueba

y la proposición que pretende acreditar, en términos de que, si el juez cree en la autenticidad de la prueba, inevitablemente debe concluir la proposición. Así, por ejemplo, el testigo presencial o la grabación del delito en video; si el juez cree que el testigo efectivamente vio lo que dice haber visto o si cree que el video es genuino, entonces no necesita razonamiento alguno para dar por acreditadas las proposiciones fácticas contenidas en el relato de ese testigo o de ese video. En consecuencia, cuando el razonamiento judicial invoca prueba directa sólo debe preocuparse, para ser intersubjetivo, de que la autenticidad de la prueba no está en discusión o, en caso contrario, de zanjar intersubjetivamente dicha disputa.

➤ Si para dar por probada una proposición fáctica es necesario echar mano de prueba nada más indiciaria, entonces la conclusión no es lógicamente necesaria, sino simplemente plausible. Recordemos que una prueba es indiciaria cuando exige todavía del juez mediar con su razonamiento para dar por acreditada la proposición fáctica que se pretende probar. Así, por ejemplo, cuando la prueba señala que el sujeto fue visto salir de la casa de la víctima, luego de que se escuchara un disparo, con el arma homicida en la mano. El juez puede optar por la conclusión de que “el sujeto cometió el homicidio” y debe dar razones para preferir esa versión a otras que se planteen (por ejemplo, el sujeto llegó justo cuando la víctima se había suicidado, salió de su casa para no ser incriminado, se llevó el arma para tener un recuerdo de la víctima a quien quería mucho). Ahora bien, de la premisa constituida por los hechos de la prueba indiciaria no se sigue lógicamente la conclusión “el acusado mató a la víctima”, a menos que uno haga intervenir una premisa intermedia: esa premisa intermedia -que le da plausibilidad lógica a la conclusión- es una proposición de las máximas de la experiencia y del sentido común. Así, uno diría:

Indicios (premisa fáctica): el sujeto salió de la casa de la víctima momentos después del fallecimiento de ésta, con el arma homicida en la mano.

Premisa intermedia: el sentido común indica que las personas inocentes no tiene motivo para huir del lugar, que no se llevan el arma homicida como recuerdo del recién asesinado personaje, y que es más verosímil que quien huye del lugar en estas condiciones es quien cometió el homicidio.

Conclusión: el acusado cometió el homicidio.

Como se ve, la conclusión en este caso está justificada sólo si uno acepta la premisa intermedia en torno a que ese sea el sentido común o que haya allí una máxima de la experiencia. Por ende, una vía para impugnar la reproductibilidad del razonamiento es precisamente argumentar que la premisa intermedia no pertenece al sentido común o no es genuinamente una máxima de la experiencia. Supongamos que el caso hubiera sido distinto:

Indicios (premisa fáctica): el acusado se llevaba muy mal con la víctima, habían peleado varias veces y el acusado le dijo hace un tiempo atrás, en la última pelea, que la próxima vez lo mataba.

Premisa intermedia: es una máxima de la experiencia que quien amenaza de muerte a una persona efectivamente la mata.

Conclusión: el acusado cometió el homicidio.

En este caso uno podría impugnar la reproductibilidad del razonamiento precisamente atacando la segunda premisa: uno podría decir que esa no es una máxima de la

experiencia. Claro que es posible que haya experiencia en ese sentido -es posible que haya experiencia en el sentido de que personas hayan amenazado de muerte y hayan de hecho cumplido su promesa-, pero lo que hace intersubjetivo el razonamiento es que la experiencia invocada constituya una máxima; esto es, una experiencia consistente, uniforme y generalizada para el común las personas. Si la proposición “las personas que amenazan de muerte cumplen su promesa” no es una máxima de la experiencia, entonces el razonamiento judicial no ha sido esta vez intersubjetivo, pues no lo podemos reproducir sin adoptar la mera creencia subjetiva del juez acerca de esa premisa.

- **Prueba desechada.** Cuando el fallo fija el núcleo fáctico que da por acreditado en el juicio lo hace aceptando la prueba ofrecida para acreditar dichas proposiciones y, en consecuencia, rechazando otra prueba presentada al juicio por la contraparte. Las exigencias de fundamentación requieren del tribunal también la justificación precisa y detallada acerca de por qué desechó dicha prueba. Así, no basta una argumentación general del tipo: “en vista de que le creímos a esta parte no es necesario analizar los argumentos de esta otra”. El fallo -para ser reproducible- deberá ofrecer al lector razones que éste pueda aceptar para explicar por qué el tribunal optó por no dar por acreditadas las proposición fácticas excluidas de los hechos que el fallo estima probados. Supongamos que en el caso de homicidio que poníamos más arriba, existe un testigo que dice haber estado todo ese día esquiendo con el acusado. Si uno lee el razonamiento del tribunal en que explica los indicios a través de los cuales estima probada su participación, todo va muy bien hasta allí. Pero si la sentencia termina sin hacerse cargo de este testigo de coartada, entonces uno seguramente podría decir: “epa!... ¿cómo se concilia esa conclusión con el testimonio de esta coartada? ¿por qué el tribunal prefirió la versión del acusador en lugar de la versión de este testigo?... recórcholis!, creo que no puedo reproducir el razonamiento del tribunal...”.

Para hacerse cargo de la prueba excluida el fallo podrá echar mano de los siguientes elementos, que nada más mencionamos pues la mayoría de ellos ya fueron tratados:

- **Fracaso de la prueba para acreditar la proposición.** Quizás simplemente la prueba no pruebe lo que se supone debe probar. Así por ejemplo puede ser que la prueba no verse sobre la proposición fáctica requerida (supongamos por ejemplo que el amigo esquiador dice que llegaron a Santiago y se despidieron a las siete de la tarde, en circunstancias de que el homicidio se produjo a las siete y media: ese testigo no podría realmente acreditar la proposición fáctica “a la hora del crimen el acusado estaba en otro lugar”. Hay otras hipótesis: cuando el perito reconoce que no hay certeza científica respecto de la conclusión; o bien, cuando hay duda respecto de los procedimiento y, en consecuencia, no estamos por ejemplo seguros de que estos resultados correspondan a las muestras periciales de este caso; o bien, cuando el testigo tenía problema de percepción que hacen dudar que realmente haya visto lo que dice haber visto (estaba demasiado lejos, estaba oscuro, el testigo es medio ciego, todo fue muy vertiginoso...).
- **Consistencia interna de la prueba.** El tribunal podrá restar credibilidad a la prueba cuando ésta no exhiba niveles satisfactorios de consistencia consigo misma. Así, por ejemplo, si el testigo de coartada, a lo largo de su testimonio, no fuera consistente

respecto de a qué centro de esquí fueron, cambiara el número o los nombres de las personas con las que se supone estaban allí, etc.

- **Inconsistencia con otras pruebas más verosímiles (propias o ajenas).** En este caso el fallo deberá explicar de qué manera las otras pruebas son más verosímiles y, en consecuencia, fueron preferidas a esta que se descartó.
- **Falta de credibilidad personal.** Es posible que el testigo deseche el testimonio de un determinado testigo o perito por razones de credibilidad personal. Por ejemplo, porque el testigo tenía interés en el juicio y, en consecuencia, sospechamos de la calidad de su información. En el caso del perito, quizás su expertizaje no esté claro y, en consecuencia, el tribunal no esté dispuesto a considerar su declaración.
- **Experiencia y sentido común.** Por último, el tribunal puede desechar prueba restándole credibilidad por considerar que ella se aparta de las máximas de la experiencia y del sentido común, sin que dicha distancia haya sido justificada en el juicio. Así por ejemplo cuando el fallo dice: resulta inverosímil que el testigo, parapetado tras el mesón para no ser alcanzado por las balas, en el corto lapso que duró el asalto, haya podido distinguir la cara del asaltante quien, según sus propios dichos, al momento de entrar al local llevaba un pañuelo cubriéndole el rostro...”.

d) El Derecho

Tanto como hay que fundamentar las conclusiones fácticas, hay que hacerlo con las jurídicas, especialmente cuando el derecho aplicable ha sido en sí una cuestión del debate. En este aspecto igualmente se aplica la obligación de que el razonamiento sea reproducible, imponiéndosele al tribunal una carga adicional en el sentido de expresar en términos simples y llanos para todas las personas cuestiones técnicas que muchas veces pueden ser áridas y complejas.