

Ponencia México

Expositor: Francisco Hermosilla Iriarte, Juez del Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de Valparaíso, Chile.

Invita: Consejo Ciudadano para la seguridad pública y la justicia penal.

Foro Nacional: “Innovación para la seguridad y la justicia”

Ciudad de México

Fecha: 10 de marzo de 2004

Panel: Nuevo Proceso Penal para Asegurar el Justo y Debido Proceso Penal

El Proceso Penal Acusatorio

El Nuevo Rol de la Fiscalía y la Defensa en el Sistema Adversarial-Oral

Nuevo Rol del Juez

Debido Proceso: Transparencia, Oralidad, Contradicción, Publicidad, Inmediatez, Concentración y Equilibrio entre las Partes. Juicio Abreviado y Salidas Alternativas.

El Nuevo Rol del Juez

Para hablar necesariamente del nuevo rol del Juez en un sistema adversarial oral, hay que entender cual era la situación en que nos encontrábamos los jueces en Chile antes de nuestra Reforma.

Pasar de jueces de un sistema inquisitivo, escrito, casi secreto o con un mínimo de publicidad, donde cumplíamos, además, los roles de investigadores, acusadores y falladores; a un sistema oral, público, contradictorio o adversarial y concentrado, es un cambio fundamental.

Para lograr el propósito de esta ponencia, intentaré en primer término explicar, en términos generales, como entiendo la tarea de los jueces.

A los jueces, nos toca principalmente solucionar conflictos que las partes llevan a su presencia.

Eso que parece tan simple no lo es tanto, veremos a lo largo de estas palabras, que la tarea que les encomienda el constituyente primero y luego el legislador a los jueces ó magistrados, razón por la cual, en esta sociedad

“civilizada y occidentalizada” recurren a ellos los justiciables, no es nada de fácil.

Hay un título de un libro del catedrático español Alejandro Nieto García, que se llama “El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial”¹, eso creemos que debiera ser la médula de nuestro quehacer, esto es, un arte, y que el resolver no signifique lisa y llanamente la resolución de un conflicto más, que dejará siempre satisfecho a uno e insatisfecho al otro.

Sin embargo, una sentencia correctamente motivada, aunque siempre deje un perdedor, si está hecha en términos correctos, esto es, con una justa valoración de toda la prueba aportada, dejará en aquél, al menos, la satisfacción de haber perdido en buena lid.

Como indicó el Presidente de la Excma. Corte Suprema de Chile, Ministro don Marcos Libedinsky Tschorne con fecha 01 de marzo último, en su discurso inaugural del año judicial 2004²:

“Las decisiones de los jueces siempre serán cuestionadas, al menos por alguna de las partes involucradas en un proceso, en la medida que al reconocerle el derecho o hallarle mérito a la causa de alguien, se le está negando a otro u otros que creen o desean tenerlo y formularán críticas contra el fallo. Así ocurrirá también de parte de personas de moral elástica, que se autoeximen de culpabilidad, o quienes consideran ésta inferior a la que haya sido determinada por los juzgadores, o de los que ignoran la razón, las más de las veces de permisividad legislativa o de vicisitudes procesales, por la cual a quien consideran responsable de algún quebrantamiento no aparece, en definitiva, condignamente sancionado.

En estos aspectos es importante la actitud hidalga y franca que deben adoptar los abogados con sus representados. Es sabido que, habitualmente, cuando un abogado gana un pleito lo atribuirá, principal o únicamente, a sus grandes condiciones, conocimientos y otros méritos personales para el ejercicio de la profesión; pero cuando lo pierde el motivo, corrientemente, obedecerá a que los jueces son ignorantes, o tontos porque no entendieron sus

¹ “El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial”, es una recopilación de lecciones impartidas por el Dr. Alejandro Nieto García y recolectadas por don Sergio Alonso Valverde Alpizar, en un curso de la Universidad Complutense de Madrid, impartida en el verano de 1998, existiendo una versión corregida e indexada del verano de 2000.

² Discurso inaugural Presidente Excma. Corte Suprema año 2004, en página internet WWW.PODERJUDICIAL.CL

argumentos; o, en último término, porque cedieron a influencias, de peso o pesos, hechas valer por la parte contraria.”

Ello empero, es tarea ardua.

Ahora, sobre la labor del juez, en el mismo discurso, el Presidente de la Excma. Corte Suprema de Chile, sobre la función del juez agregó:

“Con excesiva simpleza suele caracterizarse la función del juez, diciendo que consiste en la aplicación de la ley al caso concreto que se halla sometido a su decisión. Se olvida así que, como lo recuerda Carnelutti, "la certeza obtenida con las leyes es una certeza aproximativa, de una manera absoluta nadie puede fiar de ella"; que, con más frecuencia de la que a primera vista parece, el juez, consciente de la importancia de su misión e imbuido del verdadero afán de brindar la mejor justicia posible, se ve confrontado a la no fácil tarea de interpretar cabalmente la ley que va a aplicar; que tal misión está lejos de quedar satisfecha con la simple aprehensión del sentido literal que emerge del texto de la misma y ni siquiera, la mayor parte de las veces, mediante el análisis deductivo de sus proposiciones o sea, el llamado método exegético, que gozó hasta no hace mucho tiempo de gran predicamento en la doctrina y en la jurisprudencia, procedimiento este último capaz de impecables razonamientos y conclusiones, pero que adolece del defecto de olvidar que las leyes, al decir de un autor, "no son un silogismo ni una suma de ellos, sino reglas de vida, partes integrantes de la vida misma, de la que son expresión y a las que luego debe regir".

En Chile, el sistema antiguo “oscuro y secreto” para algunos estaba colapsado, se requerían cambios, porque parecía normal que un juez investigara, acusara y fallara.

Algunos dirán, qué aberración, si ese juez que investigó, luego procesó, luego prosiguió investigando y finalmente acusó, ahora, aparece borrando con una mano lo que hizo la otra y absuelve.

Por aquí aparece una señal de que el antiguo sistema no podía más, ya estaba enfermo, algunos dirán de viejo, nosotros los jueces no diremos eso, y en parte lo compadeceremos, porque algunas cosas buenas tenía, ya lo comprenderán.

Créame que como juez del área criminal he conocido ahora un procedimiento nuevo donde esas “locuras”, o al menos parte de ellas han quedado en el olvido.

Hemos sabido recoger en Chile los nuevos principios orientadores de un nuevo sistema procesal penal, partiendo de la premisa, que era imperativo cambiar, entre otras cosas, en mi opinión cuatro cuestiones que han sido claves:

1) la separación de las funciones de investigar y acusar de las netamente jurisdiccionales, esto es, la de dictar sentencia condenatoria o absolutoria;

2) la separación de funciones conlleva, para que sobreviva, entes u organismos distintos que cumplan aquellas tres grandes tareas;

3) la creación de diversos procedimientos y salidas alternativas, distintas del juicio oral, que respetando las garantías de todo individuo en mayor o menor medida, permiten la supervivencia del sistema de juicios orales, al descongestionarlo, evidenciando salidas justas y en algunos casos, también honrosas;

4) el recogimiento de principios universales que inspiran todo el sistema de lo que debe ser un debido proceso;

En lo relativo a la separación de las aludidas funciones y la creación de órganos distintos que las ejecutan, en Chile tenemos que:

i.- PARA INVESTIGAR Y ACUSAR, se crea en Chile el Ministerio Público, modificando la Constitución Política de Chile, agregando un capítulo VI-A, que señala en su artículo 80 A): “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales...”;

ii.- PARA CONTROLAR LA INVESTIGACIÓN, INDIRECTAMENTE A TRAVÉS DE LA CAUTELA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES (DEBIDO

PROCESO) DE LOS INTERVINIENTES Y DICTAR SENTENCIAS EN PROCEDIMIENTOS MÁS SIMPLIFICADOS Y ABREVIADOS QUE TIENEN POR FINALIDAD DESCONGESTIONAR EL SISTEMA, nace el llamado Juez de Garantía (antiguamente en el proyecto se le titulaba “Juez de Control de la Instrucción (del fiscal)), que tiene la siguiente competencia: El artículo 14 del COT³ nos señala que: “Los Juzgados de Garantía estarán conformados por uno o más jueces con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, que actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento. Corresponderá a los jueces de garantía: Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal; por ello deberán, entre otras cosas: Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal; Dictar sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal; Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal; Conocer y fallar conforme a los procedimientos regulados en el Título I del LIBRO IV del CPP, las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera sea la pena que ella les asigne; Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal, y Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código y la ley procesal penal les encomienden.”

iii).- Y PARA DICTAR SENTENCIAS EN JUICIOS ORALES, el legislador ideó la instalación de los Tribunales Orales en lo Penal, el artículo 18 del COT⁴, indica que: “Corresponderá a los tribunales orales en lo penal” : Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo aquellas relativas a simples delitos cuyo conocimiento y fallo corresponda a un juez de garantía; Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición; Resolver todos los incidentes que se promuevan durante el juicio oral, y Conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal les encomiende.

El legislador señaló que los tribunales orales en lo penal, como tribunales colegiados, conocerán y juzgarán las causas por crímenes y simples delitos, esto es, todo ilícito que lleve asignada desde una pena de presidio perpetuo calificado, para llegar a la de presidio o reclusión menores en su

³ COT es la abreviatura de Código Orgánico de Tribunales

⁴ Idem nota anterior

grado mínimo, salvo que tratándose de simples delitos, ellos deban ser conocidos por el juez de garantía.

Si nos quedáramos con la simple comparación de los artículos 14 y 18 del COT⁵, pareciera a primera vista que el problema del ámbito de aplicación del juicio oral, del procedimiento abreviado, del juicio simplificado y del procedimiento monitorio es relativamente sencillo, sin embargo, aquello que a simple vista parece tan simple, en la práctica no lo es.

Como se puede apreciar se aplica el procedimiento ordinario (juicio oral), tratándose de crímenes y simples delitos que son penados por la ley, de mayor a menor, con presidio perpetuo calificado, para llegar hasta el presidio o reclusión menor en su grado medio, esto es, desde 541 días hasta 3 años, si alguna de aquellas es la pena requerida por el ministerio público.

Enseguida aparece que se utiliza el procedimiento abreviado para simples delitos que van con penas que comprenden todo el presidio menor, desde su grado mínimo, esto es, de 61 días hasta los 5 años, esto es, considerando la pena en concreto que el fiscal requiera, puede tratarse perfectamente de un crimen donde el fiscal requiera una pena de simple delito, por la concurrencia de atenuantes de responsabilidad criminal.

Luego, que se usa el procedimiento simplificado tratándose de simples delitos, con penas de hasta reclusión menor en su grado mínimo, esto es, hasta 540 días.

Por último, vemos que se adopta el procedimiento monitorio para las faltas penadas con multa.

Sin embargo, no deja de llamar la atención que el esquema, comprenda también, casos distintos de aplicación de los tres procedimientos, dependiendo de la pena requerida por el fiscal, es decir, que pueden ser conocidos o por el tribunal oral en lo penal o por el juez de garantía.

Lo anterior se entenderá si se hace la siguiente distinción previa, la que es absolutamente necesaria para el nuevo sistema, cosa que no ocurría por cierto en el antiguo Código de Procedimiento Penal, esto es, distinguir claramente entre la pena en concreto y la pena en abstracto.

⁵ Ver notas 7 u 8

La pena en abstracto, es simplemente la pena asignada por la ley al crimen, simple delito o falta de que se trate.

La pena en concreto, es la pena que el fiscal sugiere aplicar, luego de hacer el juego de la concurrencia de atenuantes y agravantes que pudieran concurrir.

Las normas del COT⁶, sin embargo, le otorgan competencia a los tribunales orales en lo penal, para conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, esto es, desde 61 días a presidio perpetuo calificado, salvo aquellas por simple delito que sean de competencia del juez de garantía.

Es decir, si un simple delito es de competencia del juez de garantía, ya sea por aplicación del procedimiento abreviado (61 días a 5 años) o por aplicación del simplificado donde requiera una pena de hasta 540 días, se excluye la competencia del tribunal oral.

Sin embargo, y como ya se adelantó, los jueces de garantía también pueden llegar a conocer de crímenes que les lleguen vía procedimiento abreviado, cuando el fiscal requiera una pena menor a la asignada por la ley para el delito de que se trate, al concurrir atenuantes bastantes que los hagan aplicar dicho procedimiento y la pena hasta de 5 años.

De todo lo expresado, queda de manifiesto que la competencia de los jueces de garantía es mucho más amplia que la de los jueces de tribunal oral en lo penal.

En suma y como una referencia genérica, podemos sostener que en este CPP, se contemplan tres procedimientos especiales públicos (abreviado, simplificado y monitorio) y un procedimiento especial privado (procedimiento por delito de acción privada).

Todos los procedimientos señalados, tienen algunas particularidades que en general comparten, así, podemos decir, que todos ellos son de competencia exclusiva del juez de garantía, donde aquél los conoce como juez unipersonal, además, todos aparecen como mecanismos de salida distintos al juicio oral, que se justifican, para dar una mayor celeridad en la resolución de

⁶ Ver notas 7, 8 ó 9

las diferentes investigaciones criminales que ahora incoa el Ministerio Público.

El procedimiento de acción penal privada, nace como un mecanismo de solución judicial de conflictos donde el afectado por el ilícito sea persona habilitada para promover la acción penal, esto es, sea a la vez víctima⁷, precisamente de algunos delitos, como son: el de calumnia e injuria, la falta penal prevista en el artículo 496 numeral 11 del Código Penal, la provocación a duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado, y el matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo y, además, la acción penal privada que nace hoy de algunas de las hipótesis del delito de giro fraudulento de cheques.

El legislador nos señala, en síntesis, en el Mensaje⁸ del Código Procesal Penal⁹ que “...se propone avanzar hacia la creación de un sistema de justicia criminal que otorgue diversas posibilidades de solución a los conflictos de que conoce...” y luego agrega, “...se propone la creación de algunos procedimientos simplificados en que por la vía de acuerdos entre todos los intervinientes¹⁰ o de algunos de ellos, se supriman etapas del curso ordinario del procedimiento...”

Como puede observarse de las citas del mensaje, el legislador entendió que hoy día debe coexistir un procedimiento ordinario de aplicación no tan generalizada, que terminará normalmente en un juicio oral, diferenciándose allí tres etapas bien diferenciadas, una fase de investigación, una intermedia y la de juicio oral propiamente tal y otros procedimientos, más breves en su tramitación, donde algunas de las etapas son omitidas, en aras de un procedimiento más acelerado, pero no por ello menos justo.

Hay una gran diferencia entre el procedimiento de ordinaria aplicación, esto es el juicio oral y los tres especiales que trataremos en este libro, algo ya adelantamos sobre el particular y, es que el primero de ellos es de competencia exclusiva de un tribunal colegiado, esto es de un tribunal de juicio oral en lo

⁷ El CPP define hoy a la víctima en el artículo 108, señalando que se considera aquella al ofendido por el delito.

⁸ Ver en el mensaje del Código Procesal Penal, apartado 4) Salidas alternativas y procedimientos abreviados

⁹ Código Procesal Penal, en adelante, en esta obra se abreviará CPP

¹⁰ El artículo 12 del CPP nos señala que los intervinientes son: el fiscal, el imputado, el defensor, la víctima y el querellante

penal, los demás, recaen en jueces unipersonales de un tribunal distinto, ello es, el juez de garantía.

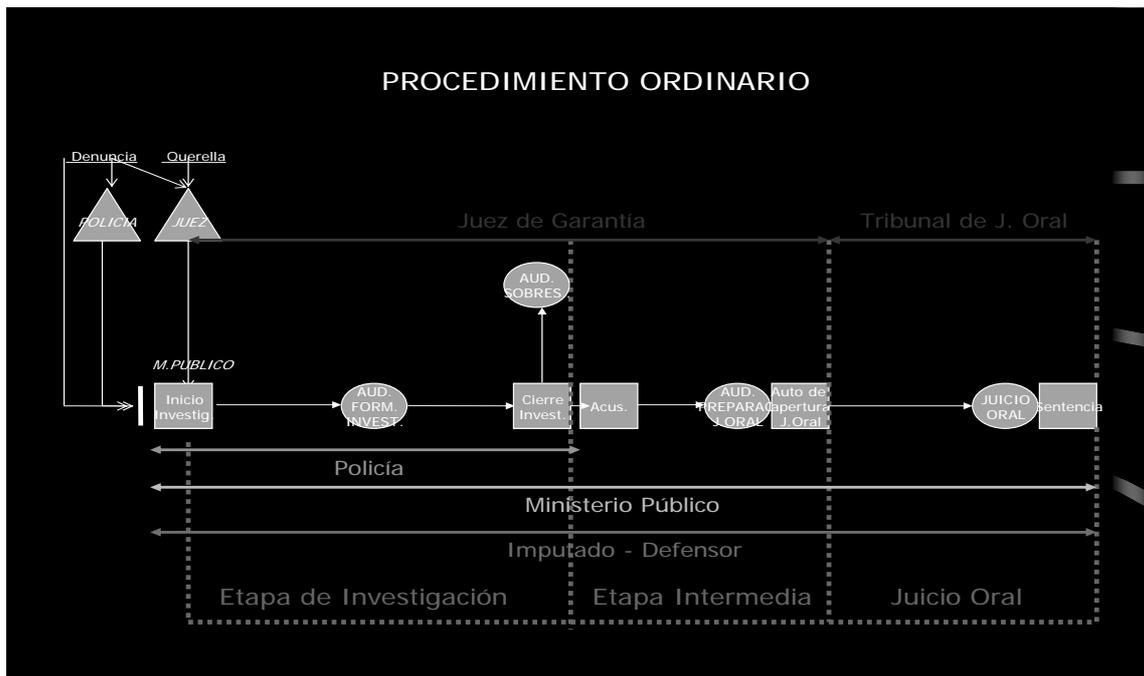
Pese a que el artículo 1 del CPP reconoce como derecho de todo imputado el tener un juicio previo, oral y público, el mismo Código reglamentó otros procedimientos alternativos de aquél, que no pretenden sino, evitar el colapso del sistema sino existieran, pues se ideó que sólo un porcentaje muy pequeño de los asuntos criminales de que conozcan los fiscales, lleguen a este juicio oral.

Para entender la mecánica de los procedimientos especiales, es menester, previo a ello, entender como es el procedimiento ordinario que contempla el CPP. El Libro II del CPP se dedica al procedimiento ordinario, dividiéndose en los siguientes tres títulos:

- I.- Etapa de Investigación, arts. 166 a 258
- II.- Preparación del Juicio Oral (Etapa Intermedia), arts .259 a 280
- III.- Juicio Oral, arts. 281 a 351.

El profesor Julián López Masle¹¹, tiene la siguiente lámina explicativa de las fases del procedimiento ordinario.

¹¹ Lámina expuesta por el profesor Julián López Masle en un curso sobre Reforma Procesal Penal, dictado en la ciudad de Valdivia para la Asociación Regional de Magistrados de Valdivia y Osorno.



Las anteriores son las tres etapas que contempla el procedimiento ordinario, el que debiera terminar, lógicamente en un juicio oral.

Como se aprecia, en las dos primeras fases o etapas, interviene el juez de garantía y sólo en la última el tribunal oral en lo penal.

La primera fase, la de la investigación, comenzará cuando el ministerio público tenga una noticia “crimínis”, es decir, cuando llegue a su conocimiento la perpetración de algún ilícito. Esta investigación es desformalizada y no tiene límite en cuanto al tiempo, salvo el normal de la prescripción de los delitos que se investiguen.

Sin embargo, como una persona no pudiera estar siendo eternamente investigada durante el tiempo en que aún no prescribe la acción penal¹², el legislador ideó el mecanismo de la “autodenuncia” contemplado en el artículo 179 del CPP, tendiente a solicitarle al ministerio público que investigue la imputación que un tercero le hace a cualquier persona de la comisión de un ilícito.

¹² Según el artículo 94 del CP, la acción penal prescribe, respecto de crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en 15 años; respecto de los demás crímenes en 10 años; respecto de simples delitos, en 5 años y respecto de las faltas en 6 meses y el término de la prescripción, añade el artículo 95 del citado Código punitivo, comienza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Normalmente, cuando el fiscal tenga antecedentes suficientes en su investigación preliminar para perseguir la responsabilidad criminal de algún sujeto, formalizará la misma, es decir, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 229 del CPP, efectuará una comunicación formal ante el juez de garantía, respecto de que a un imputado se le desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

Una vez que el fiscal ha formalizado en contra de un imputado, le nace el plazo perentorio y máximo de 2 años para concluir su investigación y ese acto “comunicacional y garantista” que realiza el fiscal ante el juez de garantía produce determinados efectos, que están contemplados en el artículo 233 del CPP.

Así, por ejemplo, la formalización suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, comenzará a correr el plazo máximo de 2 años para culminar la investigación y el ministerio público perderá la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento; pero, aún más, una vez que se ha formalizado en contra de un imputado, el ministerio público puede pedir la cautelar de la prisión preventiva o alguna de las cautelares personales menores del artículo 155 del CPP en contra de ese sujeto.

En cuanto al plazo de la investigación, hay que señalar que existe uno legal, contemplado en el artículo 247 del CPP, y que es el de los 2 años ya comentado, en otras palabras, el fiscal está obligado a cerrar la investigación vencido que sea ese lapso.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del CPP, si alguno de los intervinientes estima que el plazo legal es muy extenso atendida las características de la investigación y con el fin de cautelar las garantías del imputado, podrá señalarle al juez de garantía que fije uno menor a ese plazo, y si el juez accede, oyendo previamente al ministerio público, se ha fijado un plazo judicial para el término de la investigación.

Una vez concluido el plazo legal o judicial dado al fiscal para investigar, o en otras palabras, practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y dentro de un plazo de 10 días, puede tomar alguno de los tres caminos, señalados en el artículo 248 del CPP, a nosotros, el que nos interesa por ahora, es el del literal b) , es decir, formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio

para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma.

Esta acusación penal, deberá hacerse por escrito y contener todas y cada una de las menciones del artículo 259 del CPP, ella es presentada al juez de garantía y aquél ordenará notificar a todos los intervinientes y citará a una audiencia de “preparación del juicio oral”, la que tendrá lugar no antes de 25 ni después de 30 días.

Llegado el día de la audiencia, normalmente cada parte ofrecerá la prueba con la que cuenta para llegar al juicio oral, se discutirá sobre ello en una audiencia que ordinariamente será larga y finalmente, el juez de garantía dictará una resolución llamada “auto de apertura del juicio oral”, la que deberá contener las menciones del artículo 277 del CPP.

Dicha resolución deberá ser enviada, normalmente, dentro de 48 horas al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que sea competente, quienes notificarán y citarán a todos los intervinientes, testigos y peritos a una o más audiencias para celebrar el juicio oral, en una fecha que no podrá ser antes de 15 ni después de 60 días, contados desde la fecha en que se celebró la audiencia de preparación del juicio oral.

Llegado el día de la audiencia, se ventilará el juicio oral ante un Tribunal colegiado y al término de ella, o en un plazo razonable de horas, posterior, que no puede exceder las 24 horas, aquellos magistrados darán a conocer en audiencia pública su decisión de absolucón o condena de él o los imputados, luego, podrá proseguirse con una audiencia de determinación de pena, para el efecto de que fuera necesario y por último y dentro del quinto día contado desde la audiencia de lectura de la decisión de absolucón o condena, se dictará y leerá en audiencia especial, citada al efecto, la sentencia.

En una muy apretada síntesis, eso debiera ser normalmente el procedimiento ordinario.

Desde la perspectiva de los nuevos jueces orales en Chile, quiero llevarlos de la mano a nuestro gran quehacer, el de la prueba para resolver.

Debemos, de partida dejar de manifiesto la gran diferencia existente entre el sistema probatorio del Código de Procedimiento Penal del año 1906, con el nuevo sistema que incorpora el Código Procesal Penal, enfocado bajo el

prisma de los jueces, que es el ámbito en el que me he desenvuelto profesionalmente.

Según el profesor Carlos del Río Ferretti ¹³, un sistema de prueba se puede definir en los siguientes términos: “Es aquél estatuto que regula la forma de indagación de los hechos dentro del proceso, que se manifiesta en la determinación de las formas y los medios por los cuales se puede arribar a una cierta verdad de los hechos; y en el modo de valorar esos medios”.

He participado de los dos sistemas, el de la prueba tasada y el de la libre convicción, por ello, intentaré aportar mis experiencias, esperando que ellas en alguna forma puedan ser de utilidad para el lector.

No daré recetas mágicas, en primer lugar porque no soy poseedor de la última verdad y, además, porque creo que en las cosas del derecho existe una igualdad matemática entre las soluciones correctas y sus intérpretes.

Estimo, en lo personal, que quienes recurren a los tribunales en pos de que se les solucione su conflicto, son ciudadanos comunes y corrientes, que la mayoría de las veces, sin saber o conocer acabadamente las normas jurídicas, estimarán que están del lado de la razón cuando tienen algún problema con un tercero, ya sea otro particular, una entidad pública o bien una privada.

Creo que frente a un problema que requiera de la solución de los magistrados, siempre existirán dos posiciones, a veces completamente antagónicas, a veces no tanto, pero que en todo caso, los llevarán siempre a dar la razón total o parcialmente a la una y no a la otra.

¿Es que acaso ambos no pueden tener razón al mismo tiempo?.

No, perentoriamente pienso que no y estimo que la última palabra “tiempo”, es una de las claves del problema.

Efectivamente, los jueces tratarán siempre de dilucidar lo ya acontecido, lo pretérito, aquello que ocurrió en un lugar y en un tiempo determinado, donde ellos no fueron los espectadores; si así hubiera sido, ninguna prueba les

14 Carlos del Río Ferretti, profesor de Derecho Procesal, Universidad Católica del Norte en su trabajo “Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad”, pág.5.

tendrían que aportar las partes, pues habrían visto directamente qué ocurrió; cómo, cuándo y tal como sucedió, luego resolver, no les sería difícil.

Sin embargo, si fueren espectadores de un hecho que revistiere o pudiere revestir un ilícito, ya no serían tan imparciales, porque sus sentidos perfectamente podrían engañarlos y no les quepa duda que los abogados de alguna de las partes lo primero que sostendrían sería aquello.

Por ello, se necesitan terceros que diriman la discordia, sobre la base de una prueba que se les presente, pero atención, no cualquier tercero, sino que uno imparcial.

Veremos que, los jueces, además de imparciales, deben en estas nuevas materias (sentencias penales orales), ser incontaminados con los hechos investigados previamente, no deben conocerlos ¹⁴, porque precisamente la prueba de los mismos, tendrá que rendirse en la audiencia de juicio oral, esto es, ante ellos, quienes deberán estar atentos con todos sus sentidos.

Ello, porque cuando los jueces resuelven algún problema, o mejor dicho, pretenden resolverlo, primero tratan de indagar sobre los hechos, el “qué, cómo y cuándo ocurrió tal cosa o tal otra”, luego, a esos hechos, le aplican, así en sentido genérico “el derecho”.

Y de que manera los jueces pueden solucionar los conflictos.

Primero y ante todo, siendo imparciales y honestos.

En segundo término, con independencia, es decir, con aquella capacidad de impartir justicia, sin mirar nada más que a las propias y personales convicciones, las que nunca deberán ser arbitrarias, sino que, muy por el contrario elaboradas y fundadas.

No creo que existan sentencias perfectas, siempre podrán mejorarse, empero, una vez dictadas son inamovibles para los que las han hecho; otros vía recursos podrán modificarlas en pos de un buen objetivo, obtener una mejor sentencia (ó favorable a sus propios intereses) de parte de los tribunales superiores.

15 Los jueces orales conocen sucintamente los hechos por los cuales acusa el ministerio público, porque el juez de garantía incorpora ese antecedente necesario en el auto de apertura del juicio oral, de conformidad a lo prevenido en el artículo 277 literal a) del Código Procesal Penal y sólo la “enunciación” de las pruebas que se rendirán por cada parte o interviniente.

Sin embargo, estimo que un juez debe pretender fallar o resolver de la mejor manera posible, primero indagando sobre los hechos y luego, subsumiendo esos hechos en una o más normas jurídicas que deberá aplicar, prescindiendo de toda presión extraña, en esto, debe ser lo más consecuente posible con sus propias ideas y convicciones de su sentido de justicia, sin dejar de lado la Constitución y la Ley.

Por eso la jurisprudencia no es nunca uniforme ¹⁵ ni podría serlo en mi concepto, porque detrás de la solución a un conflicto dada por un juez, está él mismo, con sus propias convicciones y conocimientos, él es quien determina cuáles son los hechos relevantes, él es quien elige en definitiva que norma aplica a esos hechos o bien de esa norma selecciona los hechos que le son jurídicamente relevantes.

Creo que un buen abogado, en parte hace lo mismo, pero desde una única posición, con la diferencia que él tiene una misión muy distinta a la del juez; a ellos sólo les basta dejar satisfechos a sus clientes.

Los jueces, antes dos posiciones, muchas veces irreconciliables, deben satisfacer sólo una y a veces, muy pocas veces, ninguna, cuando los letrados son más legos que letrados.

Para optar por una u otra posición que les presente cada parte antagónica, los jueces tienen en consideración una frase que les ronda día a día, “no basta lo que se sostenga en un juicio, sino que hay que, además de sostenerlo, probarlo”; hoy, con la oralidad de los nuevos juicios penales podríamos incluso agregar “no basta que los actores lo digan muy bien (en sus alegatos de apertura y clausura), sino que siempre deberán probarlo más allá de toda duda razonable”.

16 La Excm. Corte Suprema sobre el particular, en una decisión de 19 de julio de 2002, en los antecedentes 1450-2002 señaló: “ Producido el debate acerca de los alcances que tienen los pronunciamientos de esta Corte en los asuntos que contempla el artículo 376 inciso 3° del citado cuerpo legal, se acordó que no corresponde dar instrucciones ni adoptar decisiones respecto de aquellos juzgados, en cuanto a los criterios para decidir las aludidas cuestiones, en atención a que conforme el artículo 3 del Código Civil, sólo corresponde al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente imperativo, y las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, y este precepto de carácter general no se encuentra modificado ni derogado por disposición alguna del Código Procesal Penal. Por lo demás, el referido principio representa una garantía de la independencia de los jueces, que es elemento fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional, al no quedar sometido un Tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior”.

Explicándome diré que en el antiguo Código, por ejemplo, frente a la denuncia por un delito de robo con fuerza en las cosas, perpetrado en un lugar destinado a la habitación, el juez debía, en primer término, usar la norma jurídica que se suponía quebrantada por el inculpado y concordarla o compararla con los hechos denunciados; si existía un ajuste perfecto entre la norma y el hecho, normalmente sabía o al menos debía saber, con alguna maña o experticia, de la posible existencia de un hecho punible, pero no cualquier hecho punible, sino sólo el que le marcaban territorialmente esos hechos.

El citado catedrático ibérico, Alejandro Nieto García dice sobre el particular en su citada obra, que *“el juez busca los hechos desde la norma y busca la norma desde los hechos, en un movimiento circular constante, en un movimiento que yo traduzco al castellano de va y viene, de vaivén...”*

La explicación de la mecánica anterior, es más o menos la siguiente:

A diferencia de un historiador que debe indagar sobre todos los hechos, para comprender de mejor manera el pasado; el juez debe ser selectivo, es decir, debe reconstruir sólo los hechos que son jurídicamente relevantes y aquí comienza la unión entre la norma y el hecho, porque si está buscando los hechos jurídicamente relevantes, quien le dice cuáles son esos hechos, es la propia norma.

Estimo que para todo juez el derecho en general debe ir en apoyo, ya no de una mera solución positivista del caso, sino de una que equilibre de la mejor manera posible el texto de la ley (el espíritu general de la legislación o la equidad, cuando no la haya ¹⁷), con el sentido de justicia que aquél le quiera dar al caso concreto.

Volviendo al ejemplo, sabemos que según los penalistas el ilícito en cuestión está plagado de elementos diversos, de componentes distintos, que por separado nada valen, así, la existencia de un sujeto activo, la existencia de un sujeto pasivo, una cosa mueble, la ajeneidad de esa cosa mueble respecto del hechor, o el dominio de la misma por parte del ofendido o de un tercero, la apropiación o sustracción de esa cosa, el medio o forma empleado para sustraerlo de la esfera de resguardo, el modo o manera de emplear la fuerza,

¹⁶ Alejandro García Nieto, Ob.cit., pág.160

¹⁸ Artículo 24 del Código Civil

que en estos ilícitos está señalada y contemplada por el legislador, al hablar del escalamiento, etc.; asuntillos que no pueden ser olvidados por el fallador, porque ante la ausencia o presencia de unos u otros va tomando éste o aquél camino; el que a él le parezca, de acuerdo, en el antiguo sistema a sus propias normas de instrucción.

Pero, lo anterior es casi nada, comparado con la faraónica tarea que tenía el juez del antiguo sistema, de adjuntarse para su propio convencimiento la prueba de todos y cada uno de los elementos que el tipo penal le exigía y, además, los elementos de cargo, en cuanto a la participación, la que tampoco debía ser una inculpación cualquiera, sino una de autor, cómplice o encubridor y, además, ser culpable, esto es merecedora de un reproche o sanción penal, por no estar exenta de responsabilidad criminal.

Esa prueba, esa difícil prueba (casi exclusiva del sumario) no le llegaba al juez tan fácilmente, sino que debía traducirla de los hechos que le narraban sujetos diversos e incluso a veces inferirla de otros hechos, a veces el legislador, tal vez un poco compadecido, auxiliaba a los jueces con las benditas presunciones, que eran las mismas que tanto daño le hacían al inculpado.

Siguiendo en esta ardua labor, el juez debía, en lo que a hecho punible y su existencia se refiere, indagar si aquél sujeto que aparecía como inculpado había tenido o no una participación en el ilícito investigado, ya sea como autor, cómplice o encubridor.

Suena bonito, pero a veces le era difícil lograrlo. Si confesaba, distinguían, ¡ah! es una confesión extrajudicial, entonces vengan los aprehensores a ratificarla, proveían o resolvían los jueces.

En fin, si así no era, esperaban ansiosos ante sus oídos (a veces servía el ajeno, léase actuario) la confesión.

Problema resuelto, había operado la reina de las pruebas, ustedes recordarán esa frase: "...a confesión de parte, relevo de prueba".

Si así y todo, les tocaba un inculpado un tanto "porfiado", tenían al menos cinco días para hacerlo pensar. Aún en el último de los extremos, corría raudo el legislador, a veces, sólo a veces, en su auxilio y les regalaba una presunción de autoría, es decir, les hacía el trabajo más llevadero.

Por último, y esto es lo peor y mejor de todo, si tenían vocación en este trabajo de resolver problemas ajenos con imperio, debían firmar una de dos sentencias, o condenatoria, donde se amarraban a lo decidido y a veces, por la cuantía de las penas les costaba firmar, o bien, una absolutoria, donde y no se engañen, porque creo que alguna vez, me basta una sola, sintieron los jueces un inmenso placer al firmarla.

Existen hoy para los jueces con competencia criminal en este país, dos esquemas bien diferenciados el uno del otro, en lo que a sistema probatorio se refiere; así diremos que en general, tenemos por un lado el de la prueba legal o tasada y, por el otro, el de la prueba de libre convicción, que en nuestro caso actual, estimaba estaba morigerada, en relación al antiguo sistema, sin embargo, me he dado cuenta con el transcurso del tiempo que ello no es así, pues el sistema actual es mucho más exigente para los jueces que se desempeñan en el área de los delitos.

Esta exigencia, al decir del profesor Guillermo Brown ¹⁸, queda de manifiesto en que en el sistema de libre convicción, el sentenciar es mucho más complejo que en el de la prueba tasada, pues, en el primero, el legislador es quien ponía un freno a la interpretación que el juez podía hacer de la prueba, fijándole distinto valor a cada prueba; empero, hoy el legislador le ha dejado esta tremenda responsabilidad al propio juez, como bien señala dicho autor “En el de la prueba tasada el juzgador no realiza gran parte de la actividad axiológica, porque ya la realizó la ley al tasar la prueba y al imponerle un valor a cada una de ellas; mientras en el sistema de libres convicciones la ley no realiza valoración de prueba alguna; no plasma en normas jurídicas juicio previo alguno acerca de esa valoración, deja esa actividad en manos del sentenciante. Sin embargo, exige del juzgador una intervención intelectual, un trabajo y una responsabilidad mucho mayores, al punto de constituirse este método de supuesta libertad, en un sistema de severa exigencia de apreciación” ¹⁹.; ello, porque frente a la interpretación de la prueba los jueces de la Reforma Procesal Penal deben auto limitar la valoración de la prueba que hagan, no sólo a los principios de la lógica, a los conocimientos científicamente afianzados y a las máximas de la experiencia, sino que además a la correcta ritualidad en el nacimiento de la prueba en la fase de la investigación, sin olvidar jamás las garantías constitucionales de un debido proceso, de un derecho a defensa técnica resguardada y en general, a

19 Guillermo Brown, “Límites a la valoración de la Prueba en el Proceso Penal”, Editorial Jurídica Nueva Tesis, , Argentina, año 2002.

20 Guillermo Brown, Ob.cit.pág. 65-66

todos aquellos derechos garantidos a favor del imputado o acusado y reconocido en pactos internacionales recogidos por la legislación chilena ²⁰, los que son obligatorios en su aplicación por la norma del artículo 5 de la Constitución Política de la República, que en su parte pertinente expresa: “ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado (Poder Judicial) respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Siguiendo al profesor Del Río Ferretti ²¹, se concluye que en los dos sistemas probatorios que hemos conocido, el de prueba legal y tasada versus el de libre convicción, “proponen maneras antagónicas de ordenar lo que se denomina la actividad probatoria”.

En efecto, el primero es de oficialidad, por cuanto aquí es el propio Juez como órgano persecutor, quien se “aporta” su propia prueba para formarse una convicción; en cambio, en el actual sistema del Código Procesal Penal, son las partes (ministerio público y defensa), quienes aportan sus respectivas y contradictorias pruebas para lograr “convencer” a cada juez de que su posición es la correcta, es decir, de que los hechos que le están acreditando en el juicio ocurrieron de la forma en que ellos señalan.

En éste último sistema, cuando los jueces entran a la sala del juicio oral, sólo conocen de antemano la versión de los hechos que intentará, o mejor dicho, deberá acreditar el ministerio público. Sin embargo, ellos desconocen si realmente la versión ofrecida por el ente persecutor es completa o parcial, es decir, puede perfectamente presentárseles una visión que no concuerde plenamente con la realidad.

Por ello creo que uno de los principales problemas a resolver, en la aplicación del nuevo sistema, pasa por el “uso” o “abuso” que hagan las partes

21 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en San José de Costa Rica el 22/11/1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, con igual fecha de adopción, en vigor internacional para Chile de fecha 21 de agosto de 1990, mediante decreto promulgatorio N°873 de 23 de agosto de 1990, publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16/12/1966, con igual fecha de adopción, en vigor internacional para Chile de 10 mayo de 1972, mediante decreto promulgatorio N°778 de 30 de noviembre de 1976 y publicado en el Diario Oficial con fecha 29 de abril de 1989.

22 Carlos del Río Ferretti, Ob.cit

de la verdad, eso es algo que no deja de preocupar a los jueces, el nuevo sistema “disfraza” verdades o las da a medias.

El uso más o menos correcto de las teorías del caso de la fiscalía y ciertas actitudes de la defensa, parecen, a veces, rozar el límite de lo ético en lo tocante a la verdad.

La solución del caso concreto no siempre calza con la justicia del caso particular, los jueces, muchas veces, sin necesidad de conocer antecedentes anteriores de la investigación, “olfatean” que lo que se les está presentado en estrados es una verdad a medias, es una porción de lo realmente ocurrido; normalmente la fiscalía elige la opción de lo que cree poder probar y la defensa, conocedora de aquellas debilidades de la investigación las explota, muchas veces en desmedro de una solución que pudiera ser más justa.

Por todo lo anterior, la valoración que se haga de la prueba rendida en el juicio oral, de acuerdo a las nuevas pautas debe ser de una exigencia, estimo superior a la del antiguo sistema, pues aquí no sólo hay que valorar una prueba que “terceros” le aportan a los jueces, sino que, además hay que analizarla en el contexto del resto de la prueba rendida, la que sirve para arribar a una determinada convicción y la que se desecha, precisamente, por haber optado por aquella convicción, razonando en cada caso su porqué.

Pero, además, esta prueba de cargo que nos presente el ministerio público siempre chocará con una de las siguientes dos opciones posibles de la defensa: ya sea, el silencio del acusado, con todo lo que aquello conlleva, pues hoy en día, esa actitud sí tiene un valor para los jueces, porque implica simplemente que el acusado se ha acogido a una prerrogativa reconocida por el sistema supranacional, “su inocencia”, mientras no se le pruebe lo contrario; o bien y como segunda alternativa, el acusado puede presentar una “versión” distinta a la de la fiscalía de cómo ocurrieron los hechos, que nos lleve a los jueces o bien a descartarle de plano su participación o a absolverlo por la concurrencia de eximentes de responsabilidad penal, o en caso contrario, a morigerarle la pena por favorecerle circunstancias aminorantes de la misma.

En el primer sistema, esto es, el del antiguo Código de Procedimiento Penal, en un decir leído alguna vez al profesor Raúl Tavolari ²², “es el legislador el que en definitiva se ha sentado en el lugar del juez” y le ha

23 Raúl Tavolari Oliveros, apuntes sobre la Prueba, año 2001

señalado cuál es el peso específico de cada prueba, limitándolo en gran medida en lo tocante a la valoración que él deba darle a cada medio probatorio con el que se enfrenta, no así, en lo referente a los hechos, donde aquél por el contrario tiene mayor libertad para determinar cuáles son los que debe o quiere probar, porque aquí la libertad viene dada por las circunstancias concretas de cada caso que se le presenta, lo que hace precisamente entretenida esta cuestión para los falladores, porque nunca resuelven dos ilícitos normativamente iguales de manera semejante .

Al decir del profesor Brown ²³, en el sistema inquisitivo “la única defensa del imputado eran las reglas que reglamentaban estrictamente los medios probatorios del proceso oficiosamente. Prevalecía el criterio de la ley sobre el criterio del juez”.

Estimo que resolver una controversia penal (esto es la imputación de un delito a un inculpado) en el antiguo sistema, no era una tarea muy compleja, siempre y cuando la investigación de esos hechos y de la participación atribuida a un ciudadano, fuera objetiva y completa, recopilando así todo antecedente probatorio que les fuera útil como elemento de cargo o descargo.

La Ley, esto es, el Código de Procedimiento Penal, casi se encargaba automáticamente del resto, así les decía por ejemplo en el artículo 457 cuáles eran los únicos medios por los cuales se acreditaban los hechos en un juicio criminal, eran seis y nada más que seis; los testigos, el informe de peritos, la inspección personal de los jueces, los instrumentos, ya fueran ministerio públicos o privados, la confesión (que era la “reina”) y las presunciones o indicios.

Hoy, hay libertad de medios de prueba, todo hecho se prueba con cualquiera cosa o elemento que sirva para ello.

En el inquisitivo, eran los jueces los que cumplían con más de una labor, por un lado investigaban la existencia del hecho punible, al recibir una denuncia, o bien lo hacían de oficio y luego, si estimaban que existían presunciones fundadas de la existencia de un delito y de la participación del inculpado en aquél, ya sea como autor, cómplice o encubridor, lo sometían a proceso, ello con la prueba que ellos mismos se adjuntaban, luego, llegaba un momento en que debían pesar la prueba inculpatoria que tenían, la que, si era

24 Guillermo Brown, Ob.cit.pág.21

de magnitud, les colocaba en la obligación de acusar, recién ahí, abrían el proceso al acusado, dándole oportunidad de recibir prueba de descargo al contestar la acusación, y con o sin esa prueba, debían dictar sentencia.

En pocas palabras diré que en el sistema inquisitivo era donde a los jueces el legislador les daba una prueba tasada, pues aquí el legislador partía de la idea de que ellos debían tener una limitación frente a la libertad de obtener para su convicción la prueba de cargo que estimaran, lo que nos dice que la confianza que el legislador le tenía a los magistrados no era tanta.

Por otro lado, se situaba al acusado como un objeto de la persecución penal y sus derechos no tenían tanta importancia en cuanto jueces se apegaran a una correcta valoración de la prueba, esto es, a tasar correctamente cada una de las pruebas que ellos mismos se aportaran, por ello les era tan importante su confesión, debe pensarse que aquél podía incluso renunciar a rendir prueba de descargo²⁴.

Después de conocer el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, aquello, realmente parece salido de otra parte.

Precisamente, el rol del juez en el nuevo sistema ha dejado de ser activo en el recogimiento de datos que le sirvan para una sentencia absolutoria o condenatoria y son las partes, ministerio público y/o querellante y la defensa, quienes debe aportarle a los magistrados del tribunal oral en lo penal, toda la prueba que avale sus respectivas posiciones antagónicas, en un juicio que por principio es adversarial y contradictorio.

Una de las claves del nuevo sistema probatorio, radica principalmente en que ahora los jueces no “aportan” prueba, pese a que incluso están facultados para interrogar a testigos o peritos, pero sujetos a la limitación de aclarar solamente sus dichos, por eso, es dable sostener que sobre los litigantes recae la carga de probar o mejor dicho, como sostiene Del Río Ferretti²⁵, “la función de probar, pues se parte del supuesto que ello se da dentro de la idea del sistema y principio acusatorio”.

En el actual sistema, en cambio, esto es un acusatorio reformado, o bien, un inquisitivo reformado, dependiendo desde que óptica se le mire, los jueces orales están completamente ajenos a la etapa de investigación de los

25 Ver artículo 449 del Código de Procedimiento Penal.

26 Carlos del Río Ferretti, ob.cit.

ilícitos, ella le compete única y exclusivamente al ministerio público ²⁶, es aquél quien le debe aportar a los magistrados, los elementos de prueba suficientes que sustenten su acusación penal, a los jueces sólo les toca valorarla.

Según Guillermo Brown ²⁷ la valoración de la prueba parte mucho antes que la sentencia, ella parte en la etapa de investigación, “La instrucción penal tiene una actividad valorativa de la prueba reunida desde un principio del proceso...cabe entonces afirmar que esa actividad de apreciación de prueba, en principio, también es realizada por el ministerio público”.

Compartimos plenamente este aserto del profesor argentino, por cuanto los fiscales al formalizar por un delito determinado, ya deben hacer una “mini” o breve valoración de la prueba que tienen, por cuanto deben comunicar que a un sujeto se le investiga por un ilícito determinado. Esta valoración sube, o sea, es más exigente, al momento en que ellos soliciten, por ejemplo la medida cautelar de la prisión preventiva, como se desprende de los literales a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, es decir, respectivamente, “que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare” y “que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor”.

Además, y mirado desde el justiciable, el acusado ahora pasa a ser un sujeto de derechos y deben los jueces velar porque se le respeten sus derechos y garantías constitucionales, ya se encarga el Código Procesal Penal de remarcarles aquello, al punto que por ejemplo, después de una detención sin lectura de derechos, o al menos, sin constancia fehaciente de aquél suceso, son el juez y/o el ministerio público, por mandato del artículo 136 del Código Procesal Penal, quienes deben hacerlo.

Estimo que una convivencia sana del actual sistema para y con los jueces, estriba en el entendimiento que los demás actores, léase todos los restantes intervinientes, deben tener hacia la aplicación del mismo por parte aquellos, pues la dinámica del actual sistema radica en entender por parte de

27 El artículo 3 del Código Procesal Penal, dispone: “ El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acreditaran la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la Ley”.

28 Guillermo Brown, Ob.cit.pág.15-16.

todos los que acudan al sistema, en pos de una resolución con imperio, que es lo que ahora necesitan los magistrados para resolver adecuadamente.

Esto de que a los jueces se les sacara toda la investigación de los delitos, por un lado debe agradarles, pero por el otro, la práctica y aplicación del sistema han demostrado que aquello también les ha traído algunos dolores de cabeza.

Ello, porque en el nuevo sistema, el legislador les ha enviado el siguiente mensaje a los falladores.

Señores Jueces, ustedes tienen que determinar cuáles son los hechos que ocurrieron, si esos hechos son o no punibles y si en ellos, alguien, como el acusado ha tenido o no participación culpable y penada por la ley, porque nosotros partimos del supuesto que aquél es inocente y la fiscalía es quien debe demostrar lo contrario, debiendo, ésta última, allegarles a ustedes toda la prueba tendiente a demostrar su acusación penal, pero ojo, tengan cuidado, porque hemos colocado a unos abogados defensores que tendrán por misión velar porque se respete el debido proceso y las garantías legales y constitucionales del acusado y principalmente, están allí para destruir la tesis de la fiscalía o presentarles a ustedes una teoría alternativa de la forma en que acaecieron esos hechos, haciendo nacer en ustedes una o más dudas razonables para que el optar por una u otra posición no les sea tan fácil.

Opten señores jueces, ya sea por una u otra, pero cuando lo hagan, recuerden que pueden al hacerlo, valorar la prueba con entera libertad, sujeta sólo a los límites de una libre convicción sujeta a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados y que sea tal que pase por sobre dudas razonables que puedan caberles, porque el proceder humano no es perfecto y eso lo verán precisamente en las audiencias orales de juicio oral. Por último, no olviden al proceder de esa manera ni la Constitución ni la Ley.

Se que los jueces han tenido y tendrán retos más fuertes que el que les he enunciado, pero, les advierto, no les ha sido fácil, se les ha acusado de “fiscales” o “defensores”, precisamente por aquellos intervinientes contrarios al apodo respectivo, cuando han desestimado sus acusaciones o no han acogido las alegaciones defensivas.

Tal vez convenga, como mensaje genérico para los actores tener presente lo siguiente.

El obtener una condena o una absolución no es premio para la fiscalía en el primer caso ni para la defensa en el segundo, debe ser el fruto del trabajo mancomunado de todos los actores, que en ese caso concreto, como un nuevo ente de administración de justicia, en definitiva le resolvieron un problema de criminalidad a la sociedad toda, de la que también forman parte y en la que viven.

En el nuevo Código Procesal Penal, el legislador les señala a los jueces en lo tocante a la valoración de la prueba que los Tribunales la apreciarán con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; esto es lo que algunos autores llaman el sistema de la libre convicción o libre valoración de la prueba.

El profesor Alex Carocca Pérez ²⁸ señala que respecto a la decisión legislativa de “adoptar el sistema de libre valoración de la prueba, no es más que consecuencia de haberse adoptado un proceso penal de carácter acusatorio, dada la natural vinculación que se produce entre ambos, ya que este sistema es considerado como una exigencia natural al moderno proceso penal, tal como son también la oralidad y la inmediación”.

En este nuevo sistema se parte de la premisa que el juez no está amarrado o ligado a norma o regla alguna que le señale que valor debe darle a toda la prueba que se “re-produzca” ante sus sentidos, sino que tiene entera libertad para apreciarla, respetando al hacerlo, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia (común y no la suya propia) y los conocimientos científicamente afianzados, ya sea para aceptarla o rechazarla, indicando en cada caso, fundadamente, los motivos o razones que tuvo para aquello, haciéndose cargo de todas las alegaciones de las partes.

El legislador ²⁹ dijo sobre el nuevo sistema que “el que se propone es de libertad probatoria, pero hay algunos controles. Entre los fundamentales, están la fundamentación y la ritualidad de la producción del medio de prueba”.

29 Alex Carocca Pérez y otros autores, “El Nuevo Proceso Penal”, cuadernos de trabajo N°2, Universidad Diego Portales, año 2000, pág.181

30 Emilio Pfeffer Urquiaga, “Código Procesal Penal Anotado o y Concordado”, Editorial Jurídica de Chile, año 2001, pág.303.

Estimo que, los jueces ante el nuevo sistema de valoración de la prueba tienen un inmenso desafío, en primer lugar, uno personal de entender, comprender y aplicar a cabalidad los nuevos principios orientadores sobre el tema y además, tratar de hacer comprender en sus fallos, mediante razonamientos correctos el sentido del nuevo sistema probatorio, en general, a los actores que intervengan en aquél.

Esto pasa incluso, por estudiar y analizar la diferente doctrina que se ha escrito sobre el particular, en especial, la referente a la prueba, que, estimamos, no ha sido muy abundante hasta ahora; sin embargo, los jueces se han atrevido a opinar jurídicamente sobre diversas materias.³⁰

31 Al efecto véase el siguiente artículo que se publicará en la Revista Sucesos del Instituto de Estudios Judiciales sobre el tema, del mismo autor de este Libro: **REFLEXIONES SOBRE EL ROL DE LOS JUECES ORALES EN LA NUEVA JUSTICIA CRIMINAL, EN PARTICULAR, EN LO TOCANTE A UNA OPINIÓN DOCTRINARIA QUE CREEMOS, LES RESTA ATRIBUCIONES E INDEPENDENCIA SOBRE LA PRUEBA A RENDIR EN LOS JUICIOS ORALES**

Pertenecer al nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, cuando se ha formado parte del antiguo sistema, implica necesariamente para los jueces un profundo cambio, situación ésta que los demás actores y los pensadores y estudiosos del mismo, deben necesariamente comprender.

En primer lugar y en torno al rol que ahora cumplimos dentro del sistema, se deberá entender que se les han restado todas las atribuciones de la investigación de un hecho de aspecto criminoso, lo que no es baladí, cuando tengamos que decidir sobre la condena o absolución de un ciudadano; pues siempre quedará en nuestro subconsciente, el análisis de una línea investigativa o bien diferente o más completa de parte del órgano acusador, o bien una tesis más fuerte, en orden a crear efectivamente, en los falladores, dudas verdaderamente razonables o de la existencia del delito o de la participación, por parte de la defensa.

En consecuencia, a los jueces hoy no les compete hacer un análisis del buen o mal trabajo que realizó el ministerio público o la Defensa, en comparación al que nosotros hubiéremos podido hacer, a la luz de las normas del antiguo sistema; sino que, simplemente, deberemos concluir que, con las pruebas y /o evidencias de cargo del ente acusador, o la de descargo de la defensa, es posible arribar, más allá de toda duda razonable, en primer término a que existió un hecho punible y, en segundo lugar, a que en aquél ha cabido alguna participación culpable del acusado.

Esa decisión, la condena o la absolución, no debe ser mirada por los restantes actores (Fiscalía y Defensoría), como un simple éxito o fracaso de sus respectivas pretensiones, sino que, genéricamente, y para todos, como otro éxito del sistema, donde nuevamente aquél funcionó y en el que un sujeto cualquiera, ejerció su derecho a un juicio oral y ministerio público ante un Tribunal que es enteramente imparcial, no contaminado por la prueba de cargo que hace plausible para el órgano persecutor, acusar.

Para llegar a una de las dos únicas decisiones posibles, el Tribunal debe efectuar un análisis de toda la prueba rendida, la aceptada y también la desechada, y valorarla libremente, con las únicas limitaciones que le imponen la lógica, las máximas de la experiencia, entiéndase aquí las aceptadas generalmente y les las propias, y los conocimientos científicamente afianzados. Aquí se evidencia la falta de otro elemento,

Cabe tener presente aquí, lo que el Mensaje del Código Procesal Penal les enseña:

que el legislador inadvertió, a lo mejor por estimarlo innecesario, aquél no es sino que esta valoración hecha en la forma antedicha, se sujete en primer término al respeto de las garantías constitucionales de todos los intervinientes, en especial, aquellas del sujeto que sentencia.

Así, por ejemplo, no se entiende a priori aquellas opiniones doctrinarias que parecen ser parciales a sólo uno de los litigantes, como aquella que cree entender que los jueces orales no podemos volver a resolver, ni debatir sobre la exclusión de prueba, que en la audiencia del juicio oral haga uno cualquiera de los actores.

La razón de aquello en mi concepto, estriba en no entender que el papel del juzgador, en nuestro nuevo sistema deja de ser formal y aunque pase por encima de principios procesales como el de la cosa juzgada que tienen sentencias interlocutorias del juez de garantías, como es su auto de apertura del juicio oral, o precisamente sobre la preclusión, en orden a la extinción hacia los litigantes de un derecho a nuevo debate, impliquen, per se, el desconocimiento de garantías tan fundamentales como el derecho a una adecuada defensa técnica y letrada, que tiene precisamente por finalidad, enfrentar en un pie de mayor igualdad al justiciable con el Estado, recordemos que seguimos siendo Tribunales de Derecho.

Por ello, concluir livianamente que los jueces orales no somos superiores jerárquicos de los jueces de garantía, y que precisamente, por ello, no podemos revisar sus decisiones, implica, no entender la judicatura, pues, en ningún caso les sentimos sus superiores y que solamente, lo que hacemos los tribunales orales al permitir reabrir un debate sobre la prueba durante el juicio oral, no implica pensar únicamente en que aquél juez de garantía erró y que aquello debe ser corregido, pues si en la práctica los hacemos, no es sino que por hacer pervivir, durante el juicio el mandato constitucional del respeto a las garantías constitucionales de un debido proceso y un derecho a una adecuada defensa.

Se debe pensar que el juez de garantía no hace sino un examen formal de la prueba a rendir en el juicio oral y la depurará o no, excluyendo alguna, después de su debate, lo que nosotros ignoramos; entonces, sostener que los jueces orales no debemos revivir ese debate, en caso de error del juez, como ser humano, precisamente garante, conllevaría a resolver el asunto en contradicción a garantías fundamentales a lo mejor vulneradas.

La solución planteada, en orden a que justamente, la parte afectada puede, vía el recurso de nulidad, anular el juicio oral y/o la sentencia en tal caso, implicaría tener jueces amarrados, en un sistema que, precisamente en lo tocante a la valoración de la prueba, es libre, respetando sólo la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Pero ¿y el respeto a las garantías constitucionales?, debe preterirlo, estimamos fehacientemente que no, es su deber, aunque exista el recurso de nulidad ante el Tribunal Superior, porque cada Tribunal debe, a su turno, respetar las garantías constitucionales que estima vulneradas.

Justamente, estos antecedentes son los que pueden y deben ser revisados por los Tribunales Superiores, porque los jueces orales tampoco somos los poseedores de la verdad absoluta y entre aquellos, estará justamente la inclusión o exclusión de alguna prueba, sin que se piense que los jueces orales debemos hacer una especie de by-pass intelectual y dejar aquella tarea sólo al último revisor, pues el hacerlo implicaría una especie de complicidad íntima con un error que puede influir sustancialmente en una decisión justa.

“Una de las innovaciones fundamentales que el proyecto propone dice relación con el abandono del sistema de prueba legal originalmente consagrado en el Código, así como del sistema de la apreciación de la prueba en conciencia establecido con posterioridad para algunos casos”.

“Se propone la adopción del sistema de la libertad probatoria en cuanto a la introducción de los medios al juicio, haciéndose expresa mención a la posibilidad de que se utilicen como medios de prueba todos aquellos mecanismos modernos por medio de los cuales resulta posible hacer constar hechos de manera confiable. En cuanto a la apreciación de la prueba, se propone la adopción del sistema de libre valoración de la prueba, único compatible con el reconocimiento de la autonomía de cada juez para adquirir la convicción sobre los hechos del caso. Se mantiene la exigencia de convicción del tribunal como estándar necesario para la condena”.

“Paralelamente al reconocimiento de la libertad del juez para la valoración de la prueba, se enfatiza la necesidad de la explicitación de los razonamientos utilizados para el establecimiento de los hechos a partir de los diversos medios. Esta fundamentación debe constituirse en una de las exigencias más rigurosas para los jueces como único modo de garantizar el posterior control de sus decisiones, tanto por parte de los tribunales que conozcan de los recursos en contra de la sentencia como por parte del conjunto de la sociedad.”

“Se propone también explicitar los límites negativos de la libertad de valoración con que cuentan los jueces, indicándose que ella no puede contradecir las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados ni las máximas de experiencia”.

La Cámara de Diputados, señaló sobre el nuevo sistema de prueba:³¹ “El sistema de la prueba legal o tasada es propio de la monarquía absoluta. Además, que sólo es coherente con el sistema de prueba escrito. El juicio oral, por esencia, tiene como objetivo que el juez pueda apreciar directamente los elementos de prueba y formarse una convicción por esa vía. Tasar la prueba significa quitar al juez la posibilidad de reconstituir los hechos a partir de los medios de prueba. Esto es desconocerle su competencia más elemental. En el pasado, los medios de prueba eran muchos menos y los medios de acceder a ellos más sencillos. Las pruebas más importantes, básicamente, eran la prueba testimonial y la confesión.

32 Emilio Pfeffer U., Ob.cit.pág.303

Cuando se fundamenta el sistema de prueba regulada, aun por la doctrina, lo que se hace es sostener que se tiene un Poder Judicial que no está en condiciones de asumir el grado de libertad que se propone en un sistema de libre valoración de la prueba sobre la base de las máximas de la experiencia”;

El legislador, partió de la base en que en el nuevo sistema de valoración libre de la prueba debía existir un control, aquél lo contempló el propio legislador en la fundamentación de la sentencia y así se señaló en la Cámara de Diputados ³²: “El sistema de fundamentación es tan extraordinariamente exigente que, de no cumplirse, existe motivo para recurrir. Aunque se les está reconociendo a los jueces más libertad, en la práctica se los está restringiendo”.

Por su parte, en el Senado ³³, se dijo: “este artículo (297 CPP³⁴) instaura el sistema de libertad de apreciación de la prueba, en reemplazo del sistema del Código de Procedimiento Penal denominado de prueba tasada o legal, en que es la propia ley la que determina el valor que debe asignársele a cada medio de prueba. No consagra, empero, un sistema de libre convicción, que es propio de los jurados, en que el juzgador puede darle a cada medio probatorio el valor que estime conveniente, sino que ordena apreciarlos respetando las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Un aspecto distinto de este estatuto para apreciar la prueba es la fundamentación que debe hacerse en la sentencia, que es en definitiva el mecanismo de control, porque el tribunal deberá expresar claramente en el fallo los elementos que consideró para formar su convicción, los cuales, con la excepción de la prueba anticipada, solamente podrán basarse en pruebas rendidas durante la audiencia del juicio oral. Es decir, se consagra la libertad para que aprecie de acuerdo a su percepción, pero deberá justificar su razonamiento, y allí aparece la posibilidad de control”.

Como se aprecia de lo sostenido en la historia legislativa del artículo en comento, esta es, estimo para los jueces la novedad “mayúscula” o mayor del sistema de la prueba, aquí es donde se verá si son capaces de cambiar la mentalidad inquisitiva que los gobernó por casi cien años. En lo personal, estimo que ello es perfectamente posible, confío en la capacidad de los jueces penales para adaptarse a tal cambio; lo que si se debe pedir a la sociedad en general, es cierta moderación en cuanto, en principio, algunos fallos no se

33 Emilio Pfeffer U., Ob.cit.,pág.304

34 Emilio Pfeffer U., Ob.cit.pág.304

35 CPP: abreviatura de Código Procesal Penal

ajusten completamente a la nueva línea, empero, para ello, los perjudicados tienen básicamente como medida de control el recurso de nulidad que ataca, entre otras cosas la deficiente fundamentación de los sentenciadores, es decir, justamente aquella parte de la valoración libre de la prueba que, sin embargo, la deja sujeta a controles internos de un doble tipo.

El primer control es el que se dan los propios jueces que dictan la sentencia, aquí su fundamentación debe ser omnicomprendiva de toda la prueba producida y debe reproducir fielmente las razones que aquellos tuvieron en mente, de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia común, los conocimientos científicamente afianzados y el respeto de los derechos constitucionales del acusado, como para dar por acreditados, en primer término los hechos “calzables” en tipos penales y luego, la participación o inocencia del imputado en aquellos, no debiendo olvidar la prueba que ellos mismos desechan para tales fines, expresando en cada caso, los fundamentos que tuvieron para hacerlo.

El segundo control, lo tienen el acusado, el querellante y/o el fiscal, quienes pueden recurrir de nulidad del fallo, ante los superiores jerárquicos de los jueces orales, ya se la Excma.³⁵ Corte Suprema o la respectiva Itma.³⁶ Corte de Apelaciones, según sea el motivo por el cual se recurre.

Esta tarea no es fácil, sin embargo, no es una tarea que parezca imposible para los jueces chilenos, creo que el mayor tiempo que ellos han tenido y tendrán para fallar de acuerdo al nuevo sistema probatorio les podrá ayudar en tal misión, ese recurso escaso que antaño no tenían los jueces con competencia criminal, hoy, sin duda es el mejor aliado.

Colegas mexicanos, si nosotros pudimos cambiar el sistema, ustedes también podrán, sigan con estas actividades, profundicen en ellas y manos a la obra, desde ya les agradezco la invitación y muchas gracias por su tiempo.

Francisco Antonio Hermosilla Iriarte
Juez del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso-Chile

36 Excma: abreviatura de Excelentísima, que es el tratamiento que en Chile se le da a la Corte Suprema

37 Itma: abreviatura de Ilustrísima, que es el tratamiento que en Chile se les da a las Cortes de Apelaciones