EL JUICIO PENAL ORAL

Andrés Baytelman A..

"En un lejano país existió hace muchos años una Oveja negra.
Fue fusilada.
Un siglo después, el rebaño arrepentido le levantó una estatua
ecuestre que quedó muy bien en el parque.
Así, en lo sucesivo, cada vez que aparecían ovejas negras eran
rápidamente pasadas por las armas
para que las futuras generaciones de ovejas comunes y corrientes
pudieran también ejercitarse
en la escultura".

Augusto Monterroso, 1998.

EL JUICIO ORAL (PENAL)

Andrés Baytelman Aronowsky¹

INTRODUCCIÓN; I.- LA CENTRALIDAD DEL JUICIO ORAL; II.- EL JUICIO ORAL: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS. a) Estado Democrático de Derecho #1: la persona y los derechos fundamentales. b) Estado Democrático de Derecho #2: el control del poder. c) Estado Democrático de Derecho #3: legitimidad del juzgamiento; III.- EL JUICIO ORAL COMO TEST DE CONTROL DE CALIDAD DE LA INFORMACIÓN; IV.- LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL EN EL NUEVO CPP. 1.- Actores necesarios y actores eventuales. 2.- Información con que cuentan los actores al inicio del juicio. 3.- Inicio del juicio oral. 4.- Alegatos de apertura. 5.- prueba en el juicio oral. a) Testigos. b) Peritos. c) Objetos, documentos y otros medios. d) Inspección personal y reconstitución de escena. e) Prueba adicional ordenada por el tribunal. 6.- Alegatos finales. 7.- Facultades del tribunal para conducir el debate. 8.- Registro del juicio. 9.- Fallo inmediato y sentencia. EPÍLOGO.

INTRODUCCIÓN

En las páginas que siguen intentaré dar una explicación introductoria acerca de la institución del juicio oral en el nuevo Código Procesal Penal. Para eso, dedicaré un primer apartado a explicar por qué el juicio oral es la institución principal en torno a la cual se construye todo el proceso penal moderno, y en qué consiste dicha centralidad. En segundo lugar esbozaré la idea de que el juicio penal está determinado -mucho antes que por las normas que lo regulan- por un conjunto de principios que esas normas están precisamente llamadas a realizar. Diré que esos principios corresponden a ideas políticas en torno al modo en que queremos autorizar al Estado para ejercer el poder penal y que, en definitiva, la adopción de un método de juzgamiento que realice dichos principios constituye una exigencia del moderno Estado Democrático de Derecho. En el tercer capítulo intentaré defender una nueva justificación para el juicio oral y sus principios -distinta a las razones tradicionales que expongo en el segundo apartado- cual es la concepción del juicio como mecanismo de control de calidad de la información con arreglo a la cual los jueces van a juzgar el caso. Intentaré además retratar en esta parte de qué modo me parece que los principios del juicio oral pueden orientarse precisamente a realizar esta idea. Revisaré además el modo en que dichos principios son recogidos en el nuevo Código Procesal Penal, cuáles son las instituciones normativas que hacen operativos -virtuosamente- dichos principios y de qué manera ellos se erigen como la piedra de choque de la actividad procesal dentro del juicio. Por último -en un cuarto apartado- revisaré la estructura del juicio oral prevista en el nuevo Código a la luz de los principios que ella pretende proteger.

De esta suerte, los primeros tres apartados contienen una exposición más bien de los fundamentos de este particular modelo de juzgamiento. Quien quiera consultar este texto

¹ Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación Penal en Juicios Orales, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

para conocer estrictamente las normas del nuevo Código deberá ir derechamente sobre el capítulo IV y parcialmente sobre el III.

Tanto en esta última parte como en las anteriores he centrado la atención en los actores principales del juicio -tribunal, fiscal y defensa; por razones de espacio no me he hecho cargo del querellante ni de los actores civiles.

I.- LA CENTRALIDAD DEL JUICIO ORAL

La reforma procesal penal en Chile -al igual que cualquier modelo acusatorio comparado que uno observe- opera sobre la base de que sólo una parte menor de las causas que conoce el sistema llegarán finalmente a juicio oral. Las proyecciones han estimado que una proporción no superior al diez por ciento de los casos terminarán a través de una sentencia dictada por un tribunal en lo penal. El resto de las causas del sistema finalizarán por otras vías, vgr. procedimientos abreviados que no importan la realización de juicios orales, salidas alternativas o ejercicios de la discrecionalidad del Ministerio Público para no llevar adelante ciertas causas.

Aun así, todos los sistemas acusatorios comparados insisten en instalar al juicio oral como la etapa central del procedimiento penal, negándole valor probatorio a los antecedentes recogidos por el fiscal durante la investigación y resguardando la audiencia principal con un conjunto de garantías procesales. En un modelo acusatorio el proceso penal ES el juicio oral. La investigación criminal no pasa de ser un conjunto de actos administrativos, en ocasiones controlados jurisdiccionalmente, en ocasiones no.

¿No es ésta situación paradójica? ¿Qué lleva a los sistemas modernos de enjuiciamiento penal a afirmar la centralidad del juicio oral, a la vez que diseñarse de modo que sólo una mínima porción de los casos de que conocen lleguen a él?

Lo cierto es que el juicio oral determina intensamente lo que ocurre en todo otro momento de la persecución penal: el trabajo de la policía, las actuaciones del fiscal durante la investigación, la posibilidad de proceder a procedimientos abreviados o de terminar el caso a través de una salida alternativa; todo está determinado por la sombra del juicio oral que se cierne sobre el resto de las etapas, aún en aquella inmensa mayoría de casos que jamás llegarán a él. Así por ejemplo, ¿por qué la policía decide inhibirse de interrogar al imputado a través de apremios ilegítimos o de realizar allanamientos ilegales, si a través de ellos puede obtener resultados? Pretender que dicha inhibición proviene del hecho de que la ley se lo prohíba resulta bastante ingenuo, máxime cuando toda la experiencia señala que los abusos policiales no son sancionados y que su persecución es en definitiva muy difícil. Sin embargo, en un sistema acusatorio el verdadero control está en el juicio oral: a muy poco andar la policía se percata de que va a ser llamada al estrado en el juicio para dar cuenta de la investigación que realizó; que deberá reconocer en público las infracciones a la ley que en el curso de ella cometió, o, de lo contrario, deberá observar impotente cómo la defensa va sugiriendo dichas infracciones a un tribunal que podrá convencerse de ellas y actuar en consecuencia; se dará cuenta además de que en el juicio no

vale eso de “es la palabra del acusado contra la nuestra”, porque el sistema de libre valoración produce que si el tribunal le cree al imputado eso es todo lo que se requiere para, quizás, perder el caso de la fiscalía; y si eso ocurre, la policía verá fracasar lo que pudo haber sido un caso ganado -amén del derroche de recursos y tiempo- por la infracción a las reglas legales que durante la investigación no les preocupó evitar. Y cuando eso ocurra, tendrá todavía que vérselas con quienes demanden explicaciones acerca de por qué se perdió un caso que debió haberse ganado; si el Ministerio Público no estaba al tanto de las infracciones entonces las iras vendrán de él, por haberle hecho perder un caso que él tenía interés en ganar; y en todo caso siempre el público demandará explicaciones acerca de por qué se perdió el caso contra aquel cuya culpabilidad la comunidad sospecha fuertemente.

De esta misma manera todo lo demás. Veamos qué pasa con la fiscalía durante la etapa preparatoria: ¿por qué hacer de buena fe pública la investigación para la defensa? ¿por qué no ‘guardarse’ antecedentes para sorprender a la defensa el día del juicio? O en el caso de ambas partes, fiscales y defensores, ¿por qué no ‘inventar’ testigos si no cuentan con buena prueba para el caso (como ocurre hoy en día en ciertos procedimientos que virtualmente han institucionalizado el uso de testigos falsos)? En el primer caso, la fiscalía no puede ocultar información no porque los fiscales sean ejemplos de virtud y ética, sino porque de hacerlo dicha información va a ser excluida del juicio. En el caso de los testigos falsos, los abogados tendrán que sopesar el riesgo de exponerse a las inclemencias de la contradictoriedad en un entorno de revisión riguroso de la prueba presentada. Una cosa es presentar testigos falsos ante un actuario, sin contraparte, por escrito, con el juez a lo lejos y sin ningún real test al que dicho testigo falso se deba someter. Otra muy distinta es mentir en un juicio oral, sabiendo que la contraparte tiene su propia investigación, que el testigo va a ser suyo por todo el rato que quiera antes de que le permitamos dejar el estrado, y que los jueces van a estar atentamente escuchando durante todo ese tiempo como una tras otra aparecen señales de que hemos puesto un perjurio a declarar en juicio. De vuelta con la misma lógica: el juicio oral moldea las prácticas de todos los actores durante todas las etapas previas porque, al ser un entorno de examen riguroso del caso de las partes, el riesgo que les impone de perder credibilidad frente a los jueces -o derechamente de incurrir en causales de nulidad- incentiva a que todos se sometan al juego justo. De vuelta entonces con la misma lógica: el juicio oral moldea las prácticas de todos los actores durante todas las etapas previas porque, al ser un entorno de examen riguroso del caso de las partes, el riesgo que les impone de perder credibilidad frente a los jueces -o derechamente de incurrir en causales de nulidad- incentiva a que todos se sometan al juego justo.

Veamos qué ocurre con los casos que no están destinados a llegar finalmente al juicio oral: ¿por qué un imputado estaría dispuesto a que se le impongan sanciones a través de un procedimiento abreviado, en donde sus posibilidades de defensa son ostensiblemente menores que en el juicio oral? ¿por qué en dicho procedimiento abreviado el fiscal -y la víctima- estarían dispuestos a perseguir una pena mucho más baja que la que creen el delito merece? ¿de qué dependerá que el acusado esté dispuesto a recibir una medida restrictiva a través de la suspensión condicional del procedimiento, sin juicio previo? Una vez más: dado que el juicio oral es siempre un derecho del imputado todo dependerá de las expectativas de éxito o fracaso que las partes tengan respecto de los resultados del mismo. Si la fiscalía tiene un caso sólido, entonces probablemente el acusado estará dispuesto a aceptar los términos ofrecidos por el procedimiento abreviado o en la suspensión

condicional a cambio de que el fiscal no persiga toda la pena en el juicio oral. Si en cambio el caso de la fiscalía es débil, entonces probablemente el acusado preferirá ir a juicio en donde están sus mejores posibilidades de obtener una absolución. Lo mismo con todo el resto de las situaciones que se dan en todas las etapas del procedimiento.

Pretender en consecuencia que la importancia del juicio oral es proporcional a la pequeña porción de los casos a que está reservado no se condice en absoluto con la importancia que el juicio tiene para modelar la conducta de los actores en todo momento de la persecución y para configurar el resultado de todo el resto de las causas del sistema. Actual o latente, el juicio oral es el corazón mismo de un sistema acusatorio y tanto en las causas que terminan a través de él como en aquellas en que se ciernen como una mera eventualidad, determina lo que en todas ellas ocurre. Esto, porque el juicio oral es siempre un derecho del acusado y, en consecuencia, éste siempre podrá rechazar cualquier otra fórmula a través de la cual el sistema pretenda restringir sus derechos constitucionales. Siendo así, entonces, todos los actores en todas las etapas deberán tener presente que la eventualidad del juicio es una posibilidad sobre la cual nadie más que el imputado tiene el control final y, en consecuencia, deberán arreglar su desempeño dentro del procedimiento como si cada causa pudiera eventualmente ir a juicio.

II.- EL JUICIO ORAL: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS

Ahora bien, ¿por qué es el juicio oral la etapa central del sistema acusatorio? ¿qué tiene esta instancia que merezca ser establecida como un derecho inalienable del acusado y a la cual hemos conferido todo este poder sobre el resto del sistema? La respuesta a esta pregunta no está en el juicio mismo, sino en los principios para cuya protección éste ha sido diseñado. Supongamos que el juicio no existiera. Supongamos que viviéramos en una sociedad que acaba de formarse y que está decidiendo de qué manera va a perseguir los delitos que en ella se cometen. Supongamos además que estuviéramos conscientes de que al perseguir delitos podemos equivocarnos, castigando por ellos a quienes eran en definitiva inocentes. Supongamos que estamos conscientes también de que los instrumentos que vamos a autorizar para que se persiga el delito son de gran poder, que pueden afectar gravemente la vida de las personas y que pueden prestarse para abusos y arbitrariedades. Supongamos, por último, que esta sociedad que estamos formando está consciente de que nuestra visión de la persona humana se ha modificado radicalmente en los últimos siglos, y que allí donde el monarca, el señor feudal o el amo podían disponer de la vida de los súbditos, los vasallos o los esclavos, hoy nos enorgullecemos de un sistema de convivencia al que hemos llamado Democracia y en donde el individuo tiene un valor primordial.

Si con este conjunto de ideas en mente nos abocáramos a decidir cómo debemos juzgar a las personas que, creemos, han cometido un delito, probablemente pasaríamos por un sinnúmero de sistemas y de modelos. Éste es el proceso que la historia jurídica de occidente ha recorrido por los últimos dos siglos, desde el tránsito del poder absoluto hasta la república democrática. De ese proceso, el juicio oral se ha instalado como el sistema de enjuiciamiento que mejor responde a las ideas políticas que tenemos acerca de cómo debemos decidir si aplicar a una persona una sanción tan extrema como la sanción penal. No se trata, en consecuencia, de desenvolver hacia atrás una justificación para las ventajas

o bondades del juicio oral. Se trata, en cambio, de que si discutiéramos en una posición fundacional acerca de cómo protegemos ciertos valores en los que la Democracia cree profundamente llegaríamos finalmente al juicio oral como el mejor método de juzgamiento de delitos, tal como la cultura democrática occidental de hecho hizo a lo largo de los pasados dos siglos. Volveré sobre esta afirmación en algunas páginas más para revisar su justificación.

¿Cuáles son esas ideas-fuerza cuya protección, según dije, llegaríamos inevitablemente a reclamar de nuestro sistema de juzgamiento penal?

Dichas ideas-fuerza son las siguientes²:

- **Imparcialidad.** El juicio exige ser resuelto por alguien que no tenga compromisos ni credibilidades preconcebidas para ninguna de las partes, y que haya sido capaz de garantizar para todas ellas un entorno de juego justo durante el debate.
- **Principio de la inmediación.** La prueba debe ser directamente percibida por los jueces, de primera mano.
 - **Oralidad.** Se trata de una idea al servicio de la inmediación y de la contradictoriedad: las personas deben declarar espontáneamente, en base a su memoria y a través de la palabra, de modo que puedan ser oídas directamente por los jueces. Sin perjuicio de que hay lecturas permitidas, la lectura daña severamente la inmediación de los jueces y la contradictoriedad. La mera lectura ‘oral’ de escritos o declaraciones no constituye oralidad.
 - **Concentración y continuidad.** También al servicio de la inmediación, la audiencia debe desarrollarse de principio a fin en una sola unidad. Esa unidad puede durar una hora o una semana, pero debe verse toda la prueba de una sola vez.
- **Principio de contradictoriedad.** En un entorno de juego justo, el juicio implica que las partes puedan realizar toda la actividad que esté a su alcance para controvertir el caso de la contraparte y presentar su propio caso.
- **Principio de inocencia.** Sólo a través de la sentencia definitiva el sistema está dispuesto a considerar culpable a una persona y a tratarlo en consecuencia.
- **Publicidad.** El juicio debe realizarse en presencia de la comunidad. Toda persona tiene derecho a presenciar el juicio y a observar de qué manera jueces y abogados ejercen su labor dentro del tribunal.

² Cada uno de estos principios tiene excepciones y matices que ya explicaremos más adelante. Lo importante en esta parte es asentar las ideas que subyacen a ellos.

Este conjunto de ideas-fuerza relativas al modo en que queremos juzgar penalmente a las personas -este conjunto de ideas políticas a las que la dogmática tradicional denomina 'principios'³- constituyen las verdaderas 'reglas duras' que hacen al juicio. Las normas legales no son sino un intento ineludiblemente grueso y general de hacer operativos dichos principios y, en consecuencia, la interpretación de las mismas debe hacerse enérgicamente en el sentido que más compatible aparezca con la realización de estos objetivos. Estos principios son de aplicación directa en el proceso y deben integrar los vacíos, forzar la interpretación y erigirse como razones últimas de la argumentación jurídica y del razonamiento judicial.

Al contrario del modo en que nuestra cultura jurídica ha solido tratar a estos principios - como mera poesía jurídica, insignificante dentro de las prácticas procesales y de la argumentación jurídica- ellos son la verdadera piedra de choque de toda la actividad procesal y las normas legales no pueden ser aplicadas sino al servicio de ellos.

Hasta el momento entonces hemos afirmado tres cosas:

- a.- Que una sociedad que se toma en serio los valores democráticos debe inevitablemente concluir que las personas no pueden ser juzgadas penalmente sino con apego a estos principios que hemos enunciado (imparcialidad, inmediatez, contradictoriedad, publicidad, presunción de inocencia).
- b.- Que en lo que nuestras sociedades han podido concebir hasta el momento, el método de juzgamiento que mejor satisface dichas exigencias es el juicio oral.
- c.- Que, de las muchas interpretaciones que es posible hacer de las normas que reglan el juicio oral, debemos optar por aquellas que se subordinen a la realización de la inmediatez, la contradictoriedad, la imparcialidad, la publicidad y el principio de inocencia.

Ahora bien, quisiera volver atrás y hacerme cargo todavía de estas afirmaciones. ¿Por qué llegaríamos inevitablemente a exigir un sistema de juzgamiento penal diseñado en torno a estos principios? ¿Qué hace que estos principios sean tan poderosos que tengan aplicación directa dentro del juicio y que fuercen la interpretación de sus normas? ¿Por qué ha llegado el sistema democrático a exigir el juicio oral como único modo de juzgamiento penal de las personas?

³ Ver a propósito de los principios que informan el juicio oral "Mensaje N°110 – 331" con el que se inicia el proyecto de Código Procesal Penal (en adelante "Mensaje"), págs. 13 y siguientes. Sobre lo mismo, ver Binder Alberto, "Introducción al Derecho Procesal Penal", 1993, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires (en adelante "Binder, 'Introducción...")", páginas 109 y siguientes; Maier Julio, "Derecho Procesal Penal", 1996, Ed. del Puerto, Buenos Aires (en adelante "Maier"), páginas 471 y siguientes; Riego Cristián, "El Sistema Procesal Penal Chileno frente a las Normas Internacionales de Derechos Humanos", en "Sistema Jurídico y Derechos humanos", Ed. Universidad Diego Portales, 1996, Santiago; Ramos Méndez Francisco, "El Proceso Penal: lectura constitucional", Ed. José M^o Bosch, 1991, Barcelona, páginas 3 a 37.

Tradicionalmente se han esgrimido varias líneas de justificación en defensa de estas conclusiones:

- a.- Estado Democrático de Derecho #1: la persona y los derechos fundamentales.
- b.- Estado Democrático de Derecho #2: el control del poder
- c.- Estado Democrático de Derecho #3: juzgamiento con legitimidad.

Cada una de estas líneas de justificación representa objetivos e intereses dentro del juicio no siempre compatibles entre si y en permanente tensión. Es en este sentido que las reglas últimas del juicio sólo pueden ser principios aplicados por el juez al caso concreto, pues las normas legales -generales y abstractas- jamás lograrán recoger la complejidad que estos intereses en disputa representan. Revisemos brevemente cada una de estas líneas de fundamentación:

- a.- **Estado Democrático de Derecho #1: la persona y los derechos fundamentales.** Quiérase o no, el sistema político que ideó la sociedad moderna para suceder a la monarquía -la Democracia- tiene un fuerte contenido ético. La república democrática impuso una cierta visión acerca de la persona humana y del modo en que ella debe ser tratada por el Estado y por el resto de la sociedad. En términos generales, esa visión reivindica el valor de la persona humana, asegurando la protección de sus diversas manifestaciones: integridad física, dignidad, privacidad, intimidad. Le asegura además que, en tanto individuo, es tan importante como cualquier otro y, por lo mismo, será tratado con igualdad frente a todo el resto de la sociedad, incluido el Estado. Desde el punto de vista de esta primera visión, el juicio oral no es sino la expresión obligada de estos mismos valores en una de las muchas esferas de interacción social, cual es la de los procedimientos judiciales. Particularmente en el proceso penal -que pone a las personas en posiciones de especial vulnerabilidad- el Estado Democrático de Derecho exige reconocer al individuo como un 'otro', digno de consideración y respeto, aun cuando juzguemos con dureza las conductas que ha realizado y persigamos su castigo por ellas.

Esta visión ética acerca de la persona humana no es antojadiza ni lo es nuestra interpretación acerca de sus alcances; ella ha sido el fruto de largos debates de las democracias occidentales en los últimos cincuenta años y han sido expresamente reguladas a través de un conjunto de instrumentos internacionales que contienen pormenorizadamente el sistema de garantías de las personas al interior del proceso penal. Estos instrumentos internacionales son considerados hoy en día acuerdos de jerarquía superior -aun por sobre la Constitución Política-, autorizando incluso a la comunidad internacional para intervenir en los conflictos internos de los países y para reprocharlos cuando, aun en tiempos pacíficos, infringen los derechos fundamentales allí acordados. En lo que atañe a Chile, nuestro país es signatario de todos los pactos internacionales en la materia: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de Viena de 1993, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Todos ellos constituyen acuerdos explícitos

respecto de cómo la Democracia moderna concibe a la persona humana y en particular los últimos dos se refieren de manera explícita y detallada a cuáles son las consecuencias de dicha concepción en el proceso penal. Demás está decir que ambos pactos son derecho positivo de la más alta jerarquía dentro de nuestro sistema jurídico, dado el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política. Dicho sea de paso, también nuestra carta fundamental explicita una concepción ética de las personas compatible con esta visión -seres libres e iguales, tratados con dignidad y respeto- que, para tomarse en serio, debe tener consecuencias inevitables en todas las esferas de interacción social, incluido el proceso penal.

Sin embargo, esta primera argumentación en favor del juicio oral y de sus principios -como manifestación en el proceso penal de los valores morales de la Democracia- resulta paradójica: de una parte, es probablemente la argumentación más consistente para explicar en su conjunto el proceso penal moderno; de la otra, resulta con frecuencia complejo explicar desde allí el proceso penal -incluido el juicio oral- en el contexto de culturas jurídicas que no parecen compartir -al menos en su totalidad- esta visión moral de la Democracia y de sus alcances. En este sentido, la línea de argumentación relativa a las exigencias éticas que hace la Democracia al procedimiento penal suele verse complejizada por factores como los que siguen:

- **Relatividad ética:** “en cuestiones de moralidad ‘no hay nada escrito’ y, en consecuencia, a la visión que la Democracia tiene del individuo y a su trato al interior del sistema penal se pueden oponer otras ideas -menos garantistas- que contarían con fundamentos éticos para los cuales se reivindicaría igual valor; así por ejemplo, la intolerancia con la delincuencia y la aspiración de vivir en paz y tranquilidad, sancionando a quienes cometen delitos”.
- **Concepto de Democracia:** “por otro lado, nadie tiene el monopolio acerca de cómo es la Democracia. ¿Quién dice que el Estado Democrático de Derecho haga las exigencias que, se pretende, hace al proceso penal? ¿Quién tiene derecho a decir que no soy democrático si defiendo reglas que, en mi visión, precisamente perfeccionan el sistema democrático en la medida en que recogen mejor la realidad en que éste se desarrolla -por ejemplo la necesidad de controlar el crimen?”.
- **¿Garantías para el delincuente?:** “además de eso, las reglas democráticas están al servicio de los ciudadanos honestos que quieren convivir pacíficamente dentro de la sociedad. ¿Por qué habríamos de tratar con respeto y deferencia a quien no ha respetado a los demás, atentando contra las personas o sus bienes?”
- **Vaguedad de los conceptos y cumplimiento formal:** por último, al ser los principios ineludiblemente generales es imposible evitar su cumplimiento nada más formal por quienes -por desacuerdo o simple ignorancia- no están dispuestos a aplicarlos del modo en que ellos sirven a los valores para los que fueron concebidos. Así por ejemplo ocurre cuando los jueces dan por

satisfecha la exigencia de la oralidad por la mera lectura ‘oral’ del expediente del fiscal en el juicio, sin que dicha oralidad haya generado ninguna intermediación del tribunal con la prueba.

Demás está decir que cada una de estas afirmaciones hace tabla rasa de los acuerdos morales que una buena porción de la humanidad ha adoptado a través de sus gobiernos en el concierto internacional. Desde luego esos acuerdos no son exhaustivos y dejan todavía espacios amplios para la discusión y las modalidades de su implementación en cada sociedad en particular. Sin embargo, no es menos cierto que hay zonas igualmente vastas en los que estos acuerdos son precisos y claros, particularmente al interior del proceso penal.

En consecuencia, me parece que hay poderosas razones éticas para defender un intenso sistema de garantías del individuo frente al Estado, particularmente dentro del sistema de justicia penal; entiendo además que ese sistema de garantías impone costos en términos de eficiencia para la persecución penal y estoy dispuesto a aceptarlos, incluso en favor de quienes resulten finalmente culpables de los delitos que se les imputan. No obstante, no es éste trabajo el lugar en que pretendo exponer dichas razones éticas, ni defenderlas. Al contrario, deseo renunciar de momento a ellas, en la comprensión de que -como he intentado mostrar- la discusión de los principios del juicio oral se vuelve compleja y estéril cuando quienes debaten simplemente no comparten una misma visión ética respecto del individuo y de su inserción social, ni una misma idea acerca de lo que la Democracia exige de ellos. Quisiera dedicar este trabajo, en cambio, a justificar los principios y garantías que fundan el juicio oral de un modo que, me parece, puede hacer sentido con independencia de la postura moral que se adopte frente a la ‘dureza’ o ‘garantismo’ del sistema penal.

b.- Estado Democrático de Derecho #2: el control del poder. El Estado de Derecho y la Democracia son conquistas modernas surgidas como reacción a siglos de experiencia en sistemas políticos autoritarios. La experiencia uniforme y consistente de la sociedad humana es que el poder debe ser controlado, pues se presta para el abuso, la arbitrariedad, la corrupción y el error. Tanto el sistema feudal como el Estado absoluto -por reacción a los cuales nació la Democracia moderna y el Estado de Derecho- constituyeron experiencias extremas acerca de lo que una sociedad puede esperar del poder irrestrictamente radicado en autoridades carentes de control. Sin embargo, los últimos doscientos años de Democracia han demostrado de manera también uniforme y consistente que, siendo el poder del Estado tan enorme, no basta simplemente un control ligero para evitar el abuso, la arbitrariedad, la corrupción y el error. Tenemos en occidente, aun en Democracia, una larga tradición de usos equívocos del poder estatal y, en consecuencia, el sistema democrático ha evolucionado en el sentido de incorporar dentro de su concepción una profunda noción del control del poder dentro de la sociedad. Estos controles son múltiples y heterogéneos; van desde la competencia entre los partidos políticos hasta la libertad de expresión de los ciudadanos; desde la votación popular hasta la creación de órganos de

control 'extrapoder'; desde el amparo constitucional hasta la actividad de los medios de prensa.

Ahora bien, en el caso de la actividad del Estado para perseguir la delincuencia, nuestras sospechas se vuelven más intensas que nunca; se trata de un área en la que le hemos concedido al poder político facultades para penetrar las áreas más delicadas de la existencia del individuo; hemos autorizado que existan funcionarios armados que pueden legítimamente disparar sobre nosotros; hemos autorizado que puedan invadir nuestra privacidad, interceptando nuestra correspondencia o nuestros teléfonos y entrando en nuestros hogares; lo hemos autorizado a que embargue nuestros bienes y le hemos dado facultades para que pueda encerrarnos en una prisión por el resto de nuestras vidas, separarnos de nuestras familias, apartarnos de nuestro trabajo y aún que ordene nuestra muerte a vista y paciencia de toda la sociedad. Se trata, pues, de inmensas facultades, allí donde toda nuestra experiencia social es que el ejercicio del poder lleva asociado ineludiblemente un grado de exceso, abuso, arbitrariedad y error. Siendo entonces una de las áreas donde el ejercicio del poder corre mayor riesgo de ser mal utilizado y, a la vez, donde las consecuencias que se siguen para los afectados son más graves e irreversibles, la persecución del delito es uno de los ámbitos de acción estatal que más intenso control requiere en cuanto a la correcta utilización del poder que la ciudadanía ha delegado en la autoridad.

Desde este punto de vista, el advenimiento de la Democracia cambió radicalmente el objeto del proceso penal: de ser el instrumento a través del cual el Estado castiga a los infractores, se transformó fundamentalmente en una herramienta de control de la actividad de persecución. Muchos de los principios en derredor de los cuales se construyó el proceso -lo mismo que las garantías que a su interior se consagraron- cumplen una función crucial de control del ejercicio del poder estatal. Así por ejemplo ocurre en el juicio con principios como la publicidad o la contradictoriedad; así también ocurre fuera del juicio con instituciones como el juez de garantía o -acaso el ejemplo más paradigmático- con la exclusión de las pruebas ilegalmente obtenidas por la policía o el Ministerio Público.

- c.- **Estado Democrático de Derecho #3: legitimidad del juzgamiento.** Un tercer punto de vista al cual el diseño del juicio oral y sus principios responden es al de que el juzgamiento penal de las personas, precisamente porque constituye el ejercicio más extremo del poder del Estado, debe realizarse de modo que sea percibido como legítimo por la comunidad que a él se somete. En particular en un sistema judicial que no goza de legitimidad democrática -no incorpora ninguna modalidad de participación popular en las decisiones, como jurados o escabinos- la pregunta por la legitimidad resulta crucial. Después de todo, la legitimidad del poder que emana del ejecutivo y del legislativo provienen directamente del voto popular que les ha conferido dicho poder. Pero ¿de dónde proviene la legitimidad de que unos funcionarios en cuya designación ninguno de los ciudadanos ha participado pretendan tomar decisiones con fuerza vinculante para la comunidad? ¿por qué habríamos de obedecerles?. Desde este

punto de vista, el esfuerzo ha sido por construir un sistema de juzgamiento que pueda ser aceptado como legítimo por la comunidad -particularmente por el imputado- en consideración a las reglas que lo componen y no al origen popular del poder que las aplica -el juez. En este contexto, para que el juicio sea percibido como legítimo por la comunidad ésta debe poder presenciarlo en todas sus partes, de modo de poder juzgar la justicia de las decisiones al interior de él. La comunidad debe percibir además que quien juzga el caso no es equivalente al perseguidor y que, en cambio, obra con objetividad y decide con imparcialidad sin inclinarse por ninguna de las partes y sin conceder ningún privilegio, especialmente a los órganos de persecución; este tribunal además, para comportarse profesionalmente y permitir a la comunidad observar su modo de hacer justicia, debe apreciar personalmente la prueba de modo de poder tener impresiones directas de ella; dichas reglas deben además asegurar al imputado un trato de igualdad en frente del poder estatal; que va a ser oído y sus descargos atendidos seriamente; que podrá presentar toda la prueba que desee y que ésta va a ser seriamente considerada en la decisión; que va a poder denunciar todas las inconsistencias, tergiversaciones y carencias de la prueba que se presenta en su contra, hallando en el tribunal a un contralor interesado; la comunidad debe percibir que este tribunal controla al Ministerio Público y a la policía, haciéndoles fuertes exigencias probatorias para condenar a un ciudadano a una medida tan drástica como la sanción penal. Por último, la comunidad deberá percibir que este tribunal está dispuesto a explicar con detalle sus decisiones, de manera que todos puedan reproducir dicho razonamiento y controlarlo en consecuencia. En suma, la legitimidad del juzgamiento en un sistema que carece de participación democrática proviene de jueces que se erigen precisamente como protectores del cumplimiento de estas garantías establecidas a favor de las personas al interior del juicio -publicidad, imparcialidad, inmediación, contradictoriedad, presunción de inocencia- y que cumplen con dicha función a través de un razonamiento judicial público y riguroso.

También desde este punto de vista, entonces -desde el reclamo de la comunidad de ser juzgada de un modo que sea percibido por sus integrantes como legítimo- se llega al juicio oral, público y contradictorio como una exigencia necesaria a la condena penal de las personas.

Ahora bien, cada una de estas líneas de argumentación justifican la institución del juicio oral y los principios de su arquitectura. No obstante, no debe pretenderse a este respecto construir algo así como 'la teoría general del juicio oral' pues éste -lo mismo que el proceso penal en general- hace convivir un complejo de lógicas, intereses y problemas de muy heterogénea naturaleza, no pocas veces inconsistentes entre sí. En consecuencia, las líneas de argumentación que acabo de dar se superponen en buena parte de los principios del juicio oral, mientras que otras instituciones dentro de él son explicadas por sólo una o algunas de ellas.

En este trabajo quisiera sin embargo postergar estas líneas de justificación - particularmente a la primera de ellas- y ofrecer en cambio una visión acerca del juicio oral y de los principios que lo diseñan que, creo, puede ser aceptada tanto por liberales como

por conservadores en materia procesal penal. En virtud de esta visión el juzgamiento de una persona responde a un conjunto de ideas-fuerza cuyo sentido es controlar la calidad de la información con arreglo a la cual vamos a juzgar al acusado, de manera de asegurarnos que ella satisface un mínimo estándar de rigor y confiabilidad.

III.- EL JUICIO ORAL COMO TEST DE CONTROL DE CALIDAD DE LA INFORMACION

En un modelo acusatorio como el que adopta el nuevo Código, el proceso penal ES el juicio oral. No es la tercera etapa del procedimiento, no es una etapa sucesiva o agregada a la etapa de investigación o a la etapa intermedia, ni es la etapa en que se le da a las partes una oportunidad graciosa para discutir las ‘pruebas’ recogidas durante la investigación fiscal. No hay prueba producida fuera del juicio y lo único que existe para los jueces que van a fallar es lo que ocurre en esta audiencia. Es en este sentido que todo lo que ocurre previamente al juicio es estrictamente preparatorio: la información que el fiscal haya reunido durante la investigación no interesa ni existe, sino sólo en cuanto es producida en el juicio oral. Esto quiere decir, por ejemplo, que el fiscal no puede pararse en el juicio y decir: “magistrados, quiero leer lo que dice el parte policial...”. El parte policial no existe en el juicio. Si el fiscal quiere introducir en el debate la información contenida en el parte policial, entonces lo que debe hacer es sentar al policía en cuestión en el estrado el día del juicio para que preste testimonio. Si no tiene al policía para el juicio, no puede sustituir su testimonio con la lectura del parte policial. Lo mismo ocurre respecto de todo el resto de la información: la única manera de introducirla al debate es produciéndola en el juicio de primera mano pues, salvo muy precisas excepciones, la información producida fuera del juicio no existe para el juzgador. La posición de las partes en este sentido es, si se quiere, análoga a la de las partes en el procedimiento civil: el demandante ha pedido a los tribunales cierta decisión, basado en la afirmación de ciertos hechos; para ello, ha realizado una cierta actividad preparatoria del juicio: ha reunido testigos, ha acumulado documentos, ha pedido peritajes y ha acompañado toda esa información al tribunal. Sin embargo, ningún juez considera que lo que el demandante afirma es verdad ni que su derecho es el que reclama simplemente porque él así lo diga. Si así fuera, no habría necesidad alguna de seguir adelante con el juicio ni de tener jueces. Esta es también la situación en el proceso penal, particularmente respecto del Ministerio Público y del querellante.

Concebir al juicio de esta manera es una opción. Hay otros modelos de juicio y hay también otros modelos de justicia penal -nosotros mismos estamos abandonando uno completamente diferente. ¿Por qué -entonces- hacer esta opción y no otra? ¿Por qué establecer el juicio como la única instancia a la cual reconocemos la capacidad de producir prueba utilizable en el razonamiento judicial? ¿por qué negarle valor probatorio a la información producida en otros momentos de la persecución penal? ¿por qué renunciar al trabajo realizado durante la investigación y, finalmente, por qué arriesgarse a no poder llevar un caso a juicio cuando no tenemos disponible para éste a los testigos, peritos u objetos obtenidos en etapas previas? En el capítulo anterior mencionamos varias líneas de justificación del juicio oral como única instancia de producción de prueba. En este capítulo querría ofrecer otra óptica para comprender la institución del juicio oral: el juicio oral como

un test de control de calidad de la información con arreglo a la cual estamos dispuestos a juzgar a las personas. Me parece que este punto de vista le ofrece tanto a ‘liberales’ como a ‘conservadores’ buenas razones para adoptar un genuino juicio oral como método de realización de la justicia penal, a la vez que provee a los jueces un criterio claro para dotar de contenido específico a dichos principios y garantías.

Para explicar esta visión querría enunciar dos presupuestos sobre los cuales construir esta postura:

1.- Es un valor para el sistema tanto identificar a los culpables como poder reconocer a los inocentes, de lo que se sigue que debemos construir un sistema de juzgamiento que nos entregue la información más abundante y confiable posible acerca del caso en cuestión.

2.- La eficiencia ideal hacia la cual debemos procurar que el sistema tienda consistiría en lograr realizar en su plenitud ambas cosas a la vez -identificar a los culpables y reconocer a los inocentes; pero, en aquella porción en que haya que optar por uno de esos dos valores, es más valioso que un inocente no sea injustamente castigado a que un culpable salga injustamente en libertad. Esta es por cierto una opción moral y no técnica. Quien crea que es preferible no perder a un culpable aun cuando para ello se deba pagar en precio la encarcelación de un inocente, desde luego no estará de acuerdo con las cosas que estoy a punto de decir. Pero no porque desacordemos en ninguna cuestión jurídica, sino porque tenemos un conflicto moral, que tendremos que disputar más bien en la arena política.

Desde esta óptica, entonces, el juicio oral se erige como una instancia de depuración de la información. Su diseño respondería a la idea de minimizar todo lo posible el riesgo de error, evitando particularmente que un inocente sea erróneamente condenado -por ejemplo elevando los riesgos para la policía de ‘plantar’ evidencia’- aunque también evitando que un culpable eluda a la justicia -por ejemplo aumentando para la defensa los riesgos de ‘inventar’ un testigo de coartada.

¿Cómo podemos hacer eso? ¿Cómo podemos minimizar el riesgo de condenar a alguien por error o con abuso?. Desde el primer momento de la persecución penal, la información que se produce es mucha, disímil y seguramente contradictoria entre si. Todos tienen una impresión acerca de la causa, cada quien cuenta con información distinta, cada uno tiene sus prejuicios e intuiciones, cree conocer la verdad acerca de lo que ocurrió y tiene una opinión acerca de cómo debe resolverse este caso; la víctima tiene una versión, el imputado tiene otra; el juez de garantía tiene la suya, la policía y el fiscal ciertamente tienen la propia; así también los familiares y amigos de las partes; cada uno de los testigos tiene su propia versión, así como también la tiene la prensa y el resto de la comunidad. En cada caso concurren múltiples versiones acerca de lo que realmente ocurrió; en ocasiones esas versiones son completas, en ocasiones son parciales; en ocasiones son construidas sobre la base de información ‘dura’, en ocasiones sobre la base de meros prejuicios o conjeturas; en ocasiones esas conjeturas son poderosas, en ocasiones son livianas y frívolas.

Este flujo de información atraviesa todos los momentos y a todas las personas. Es incontrolable. Para resolver el caso, entonces, es necesario separar el grano de la paja; construir una instancia que reúna de una sola vez toda la información disponible, la depure y, hecho eso, controle exigentemente su calidad. Esta instancia es el juicio oral. Para los jueces sólo la información producida en el juicio oral existe porque es ésta la única instancia que hemos construido como un genuino control de calidad de la información con arreglo a la cual les vamos a pedir que resuelvan el caso.

Al juicio oral de corte acusatorio, entonces, subyace una gran y principalísima idea-fuerza a la luz de la cual entender e interpretar las normas y principios que lo regulan: sólo estamos dispuestos a decidir acerca de la condena de una persona con información de alta calidad y, desde este punto de vista, el juicio oral ha sido diseñado en el sistema acusatorio -y sólo él lo ha sido de esta manera- como un test para la información con arreglo a la cual se va a resolver el caso. Si la información supera el test impuesto por el juicio, entonces estaremos dispuestos a confiar en ella. ¿En qué sentido se erige el juicio oral como un test de confiabilidad de la información? La respuesta a esta pregunta en el modelo acusatorio está constituida por un conjunto de principios cuya justificación es, desde este punto de vista, configurar al juicio como un test de credibilidad de la información.

Veamos de qué manera los principios se confabulan al servicio de esa idea:

Una **PRIMERA IDEA-FUERZA** es que para que la información sea confiable - para que satisfaga un mínimo control de calidad- debe ser percibida directamente por los jueces. Esto es a lo que llamamos **PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN**: la idea de que nadie medie entre el juez y la percepción directa de la prueba, por ejemplo el testigo que está declarando. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee en un acta, entonces simplemente no está en condiciones -por capaz que sea- de realizar un verdadero juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho. La información que esa acta contiene -la información del testigo recogida en el acta- es información de bajísima calidad: quizás esas no fueron exactamente las palabras que usó el testigo, quizás así es como lo transcribió el funcionario; quizás el testigo estaba nervioso y hablaba entrecortadamente -de lo que cualquiera habría podido sospechar que estaba mintiendo- o quizás lo dijo con una seguridad más allá de toda duda, que nos invita a creer que dice la verdad; el hecho es que no lo sabemos porque no lo vimos declarar y sin ello el juez lo único que tiene -en el mejor de los casos- son las meras palabras del testigo; lo mismo si parecían claramente mentirosas que si parecían ciertas a toda prueba, el juez no tiene más que el papel consignando exactamente la misma declaración en uno y otro caso. Sin percibir directamente la prueba -sin intermediación- la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo. Si estamos de acuerdo en la idea-fuerza de que los jueces fallen con información mínimamente confiable, entonces una primera cuestión que hay que proteger es la intermediación del juez. Esta es la razón por la cual los sistemas acusatorios establecen la instrucción como una etapa estrictamente preparatoria, excluyéndole total valor probatorio a las diligencias de investigación cuya producción, por haber sido realizadas fuera del juicio, los jueces no pudieron apreciar directamente. Consecuencia: en un sistema acusatorio que se toma en serio la intermediación de los jueces, si el testigo de la fiscalía no llega al juicio el fiscal no puede presentar como prueba la declaración que éste prestó ante el Ministerio Público o ante la policía durante la

investigación, por mucho que eso signifique que el fiscal pierda su caso. Los jueces antes que nadie debieran sospechar fuertemente de una declaración cuya producción no han percibido directamente: no saben si el testigo era o no coherente, no saben si la declaración escrita está editada o completa, no saben si el testigo sudaba de nervios al no estar seguro de estar incriminando a un inocente o si sonreía con satisfacción al saber que se estaba vengando de su enemigo. Los jueces no tienen cómo evaluar una declaración por escrito y no pueden aceptar que los obliguen a resolver en base a información sobre la cual ellos no pueden realizar un genuino juicio de credibilidad.

El nuevo Código Procesal Penal opera sobre esta base. El artículo 296 señala expresamente -a propósito de la oportunidad para la producción de la prueba- que *“la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá producirse durante el juicio oral”*⁴. Y a propósito de la sentencia, el artículo 340 inciso 2º: *“el tribunal formara su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio”*. Esta regla, como todas, tiene excepciones, pero éste es claramente el principio. El Código consagra expresamente la **ORALIDAD** de la audiencia y la exigencia de que el juicio se desarrolle en forma **CONTINUA** y **CONCENTRADA**, pudiendo prolongarse en audiencias sucesivas hasta su conclusión⁵. El artículo 291 establece que *“la audiencia principal se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal [...] El tribunal no admitirá la presentación de escritos de las partes o demás intervinientes durante la audiencia principal...”*. Ahora bien, ¿cuál es el valor de estos principios? ¿por qué es valioso que el juicio sea oral, en una audiencia continua y concentrada en que se produzca el debate de principio a fin hasta la decisión del caso? Estos tres principios son en rigor tributarios de la inmediación y su único sentido es asegurarla. El juicio debe ser oral porque esa es la única manera que conocemos a través de la cual los jueces pueden conocer directamente la prueba. Por eso mismo queremos que el tribunal vea la evidencia toda de una vez y resuelva sobre la base de su memoria fresca acerca de ella. La escritura desde luego no permite esto, pero si en algún futuro encontramos alguna otra manera de asegurar la inmediación, nada impediría que los juicios abandonen la oralidad y se desarrollen de esa otra manera (quién sabe, quizás realidad virtual en un futuro no muy lejano). Es importante, en consecuencia, tener claridad sobre el sentido de la oralidad como garante de la inmediación, pues en múltiples ocasiones el juicio nos enfrentará a la posibilidad de admitir escritos, informes y actas. Lo que deberemos preguntarnos en cada una de esas ocasiones es si sí o si no la admisión de tales escritos impide la inmediación, allí donde ella es necesaria. Pensemos por ejemplo en la acusación o en la demanda civil: ambas se deducen por escrito. ¿Infringe esto la oralidad del juicio? Bien, veamos: ¿hay algo en la acusación o en la demanda civil que los jueces deban apreciar con inmediación? Parece que no, luego no tiene ninguna importancia que esos antecedentes se presenten por escrito. ¿Ocurre lo mismo con un informe pericial? Para nada: si existe un informe pericial entonces queremos que ese perito venga y explique sus conclusiones personalmente en frente de los jueces, porque sólo de esta manera ellos podrán evaluar la credibilidad de su declaración. Queremos poder examinarlo y

⁴ Todas las remisiones a artículos en este texto refieren normas del nuevo Código Procesal Penal.

⁵ Ver artículos 282 y 283.

contraexaminarlo, pues los jueces no deben estar dispuestos a aceptar sus conclusiones sin escuchar de su propia boca una explicación acerca de ellas, su exacto alcance, sus implicancias, los procedimientos a través de los cuáles las obtuvo y su misma acreditación como experto. Lo mismo ocurre con las declaraciones de testigos y, en general con casi toda la prueba. Así, el artículo 329 señala que *“durante la audiencia los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren...”*. En ambos casos -tanto para los testigos legos como para los peritos- hay excepciones; bajo ciertas circunstancias es posible incorporar peritajes como prueba por la mera lectura del informe; bajo ciertas circunstancias también, es posible incorporar como prueba declaraciones hechas por testigos que no comparecerán al juicio oral. Pero, se tratan, como veremos, de situaciones extraordinariamente restringidas. Fuera de esas excepciones, o la persona -testigo o perito- esta disponible para tomar el estrado en el juicio, o la información simplemente no puede ser incorporada al debate. Esto es particularmente cierto para el caso del Ministerio Público; el artículo 334 señala que *“no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público”*. En esta norma debe entenderse en un sentido amplio, comprendidos en ella no solo las actuaciones de los fiscales y policías en si, sino también todo el resto del aparato persecutor que opera como una extensión del Ministerio Público. De esta suerte, todo peritaje o declaración que el Ministerio Público quiera ingresar al debate debe sujetarse a esta norma. Como se dijo, el Código contempla excepciones. Algunas de ellas son compatibles con la protección de la inmediación, algunas de ellas son claras infracciones a dicho principio y se deben nada más a resabios inquisitivos que todavía el nuevo Código exhibe. Lo que interesa destacar aquí es que si los jueces no perciben directamente la información entonces no pueden estar seguros de que ella sea seria y creíble y, por lo mismo, van a estar expuestos a equivocarse al utilizar información de baja calidad. Toda excepción al principio de inmediación, entonces, debiera ser vista con recelo y con sospechas por parte de los jueces, quienes debieran en consecuencia hacer interpretaciones restrictivas y exigentes respecto de ellas. A lo anterior -y siempre en torno a esta primera idea-fuerza que constituye la inmediación- debe agregarse el artículo 284 que exige la presencia ininterrumpida de todos los jueces que integran el tribunal, bajo sanción de nulidad. Si un juez falta siquiera un instante a la producción de la prueba o al debate de las partes, dicho juez no puede seguir conociendo el caso⁶. La razón de ello es que en dicho instante tal vez se produjo prueba o argumentación que habría modificado totalmente la apreciación de dicho juez⁷. A su turno, y a propósito de la sentencia, el artículo 339 señala que *“inmediatamente después de clausurado el debate, los miembros del tribunal que hubieren asistido a él pasaran a deliberar en privado”*. Se trata, como se ha dicho, de haber asistido a TODO él. Es en ese sentido que el artículo 374 letra b), establece como ‘motivo absoluto de nulidad’ la ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen los artículos 284 y 286 -entre ellas

⁶ Esto bien puede acarrear la nulidad del juicio, aunque no necesariamente. Ver artículos 76 y 281.

⁷ Un problema todavía mas interesante es qué ocurre si un juez están físicamente en la audiencia, pero no están prestando atención al desarrollo del juicio, por ejemplo porque pretende fallar luego por los registros, o bien porque le confiere credibilidad a priori al Ministerio Público o, simplemente, porque dentro de su humana limitación se ha quedado dormido -situación no del todo desconocida en nuestras Cortes. También allí hay un defecto de inmediación, pese a la presencia física del Juez.

precisamente los jueces. Estas disposiciones dan cuenta de que los jueces deben estar presentes durante todo el juicio y el sentido de ello está expresamente consagrado en el artículo 340 inciso 2º propósito de la sentencia definitiva: “*El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral*”.

Entonces, la primera y más elemental idea-fuerza (principio) en torno al juicio oral como test de calidad de la información es que la producción de ésta debe ser directamente percibida por los jueces, para que puedan hacer sobre ella un genuino juicio de credibilidad.

Una **SEGUNDA IDEA-FUERZA** es que para que la información sea mínimamente confiable debemos ponerla a prueba; debemos procurar que alguien haga todo lo posible por falsearla, por demostrar que no es exacta o que hay aspectos de ella que pueden ser interpretados de otra manera. Nos interesa, en consecuencia, que alguien haga todo lo que esté técnicamente a su alcance por poner a prueba dicha información, relativizarla o desmentirla. Si ella supera este test con éxito, entonces se tratará de información de alta calidad. Pero si este test no se realiza sino que la información que se ofrece ha sido obtenida unilateralmente por la parte interesada, sin que nadie la haya testeado, entonces esa información es de baja calidad y no ofrece garantías de fidelidad. Esta es la idea-fuerza que subyace a lo que el sistema acusatorio llama **PRINCIPIO DE CONTRADICTORIEDAD**. Ahora bien, ¿cómo asegurar que realmente el sistema haga todo lo posible por poner a prueba la información que se presenta en el debate? La mejor garantía consiste en entregarle esta tarea a quien está interesado en ella más que nadie: precisamente la parte en contra de la cual dicha información se presenta. Al sistema le interesa que la contraparte despliegue su mejor esfuerzo profesional para testear la prueba ofrecida y le interesa además ofrecerle un entorno de condiciones que le permita y lo incentive a realizar esta labor ‘destructiva’ todo y lo mejor que pueda. No se trata, en consecuencia, de una simple ‘concesión graciosa’ a la contraparte para que comente la prueba o participe formalmente en ella; al sistema -y particularmente a los jueces- le interesa sobremanera que la contraparte ejerza fieramente este rol, pues nada como ello contribuirá a proveer al sistema -a los jueces- de la mejor información para resolver. En consecuencia -volviendo al ejemplo que poníamos a propósito de la intermediación-, si el principal testigo del Ministerio Público no está disponible para el juicio el fiscal no puede ingresar la declaración extrajudicial prestada por dicho testigo no sólo por sus defectos de intermediación, sino además porque dicha declaración no puede ser contraexaminada; no puede ser sometida al test de la contradictoriedad y, por lo mismo, no es información confiable. Es información de baja calidad y el sistema debe desconfiar profundamente de ella. Esta no es para nada una conclusión teórica desvinculada de la realidad. Quien tenga alguna experiencia en juicios orales sabrá que la realidad es avasalladora en este sentido: la prueba casi nunca termina siendo luego del contraexamen lo que parecía ser antes de que la contraparte la confrontara. Este testigo que decía haber visto tan claramente al acusado cometer el homicidio, bueno, no nos había dicho que en verdad estaba bastante lejos de la escena; o que estaba obscuro; o que el homicida que dice haber visto estuvo siempre de espaldas a él; o que todo ocurrió de manera tan vertiginosa que es difícil creer que en verdad haya podido identificar el rostro de quien dice haber visto; este perito que había afirmado su conclusión de manera tan categórica, puesto bajo presión, nos reconoce ahora que dicha opinión es discutida por otros científicos de su área; o no nos puede explicar cómo es posible que en el artículo que publicó sobre el mismo tema hace pocos meses

sostiene exactamente la tesis contraria; y así suma y sigue. Si alguien ha participado en juicios orales, sabe que ésta es casi una regla absoluta: la información que presenta la parte -y su prueba- es parcial y es una versión. Un buen contraexamen las más de las veces arroja sobre esa misma información otros detalles, otras versiones, otros matices. Si esos otros detalles, versiones y matices no alcanzan a desacreditar lo medular de la información que la prueba nos había aportado, entonces los jueces tienen allí información de alta calidad. Pero si es verdad que la información puede variar substancialmente sometida a la contradictoriedad del juicio, entonces los jueces deben evitar a toda costa utilizar información que no es susceptible de ser contraexaminada pues ella no ofrece garantías mínimas de calidad. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando alguien pretende introducir al juicio oral declaraciones escritas hechas por personas que no van a concurrir como testigos; declaraciones por las cuales nadie va a responder, porque el papel no puede ser contraexaminado. En consecuencia, cuando le sea planteada al tribunal la introducción de una lectura al juicio -aún cuando esté permitida su incorporación- los jueces todavía deberán preguntarse si quieren asumir la responsabilidad de aceptar como prueba información cuya calidad desconocen -pues no hubo oportunidad de contraexaminarla- y que, quién sabe, sometida a la contradictoriedad quizás habría revelado matices, interpretaciones o detalles que la modificaban radicalmente.

El Código recoge este principio en múltiples disposiciones. Desde luego, la contradictoriedad es una manifestación central y específica del Derecho a Defensa. Puesto que el juicio oral -si uno se toma en serio la presunción de inocencia- es básicamente un test de calidad de la información que presenta el Ministerio Público en la acusación, entonces el Derecho a Defensa sólo existe si dicha información puede ser completa y libremente controvertida por el acusado y su representante. Es en este sentido que el artículo 8º configura el Derecho a Defensa, concediendo al acusado pleno derecho a intervenir en la todas las actuaciones judiciales. Dicha intervención debe ser efectiva y no puramente formal⁸. El artículo 286 establece como requisito esencial del juicio la presencia del defensor durante todo el juicio. Pero al sistema también le interesa que la información incorporada por la defensa cumpla estándares de calidad -especialmente cuando la defensa presenta un caso afirmativo, como la coartada o la legítima defensa. El artículo 284 en consecuencia prescribe igualmente la presencia ininterrumpida del fiscal. Todo el juicio se estructura para que ambos, fiscal y defensor, produzcan el debate y la prueba confrontacionalmente. Cada parte entonces tiene derecho a reaccionar frente a cada actuación de la contraparte; El fiscal abre el juicio con un alegato de apertura, la defensa responde con su propio alegato de apertura (artículos 325 y 326); el fiscal cierra su caso con un alegato final, la defensa responde con su propio alegato final (artículo 338). Cada parte presente su prueba en el orden que quiera, del modo que mejor pueda presentar su caso y rebatir el de la contraparte; primero todo el caso de la acusación, luego todo el caso de la defensa (artículo 328); cada pieza probatoria incorporada por una parte es primero examinada por ella, pero inevitablemente luego contraexaminada por la contraparte

⁸ Esta intervención no debe ser comprendida como una oportunidad ‘graciosa’, al modo en que ha solido tratarla la tradición inquisitiva. Cuando el defensor interviene en el juicio no lo hace por generosidad del Monarca o del juez; lo hace por derecho propio y con la autoridad de la Constitución Política tras de sí. Cuando un abogado invoca el derecho a defensa -lo mismo que los demás principios constitucionales-, los jueces debieran detenerse a considerar la cuestión con mucha seriedad, pues si el Derecho a Defensa esta correctamente invocado, no constituye para ellos un ruego, sino un mandato.

(artículos 329 y 333); cada incidente promovido le da derecho a la contraparte a reaccionar: si la contraparte le está dirigiendo a un testigo preguntas prohibidas o está intentando introducir prueba en el juicio de un modo indebido, ello da lugar a una legítima objeción (ver por ejemplo artículo 330). Esta estructura del juicio debe todavía relacionarse con la audiencia de preparación del juicio oral y con la publicidad de la investigación del Ministerio Público; al momento en que las partes examinan la prueba en el juicio oral ésta ya es sobradamente conocida por ellas -las cartas se terminaron de abrir completamente para todos en la audiencia de preparación- y cada quien ha podido preparar el juicio sobre esa base (ver Título II del Libro, especialmente párrafos 1 y 3). Todo lo anterior puesto en relación con el artículo 374 letra c), que establece como motivo absoluto de nulidad el que al defensor ‘se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga’. No se trata, en consecuencia, de poder simplemente hacer la parodia de dar participación a la contraparte -especialmente al acusado y su defensor. Al sistema le interesa sobremanera que las partes tengan todo el espacio posible y razonable para contribuir en la producción de información dentro del juicio, de manera que los jueces cuenten con la mayor cantidad y la mejor calidad posible de información para decidir el caso. Vamos a abundar en esta última afirmación a propósito del principio que sigue.

También el principio de contradictoriedad se encuentra relativizado en muchas instituciones del nuevo Código; en la misma medida en que se tolera la introducción de lecturas, se disminuye ostensiblemente la posibilidad real de controvertir la prueba. El papel no puede ser contraexaminado y quizás la información allí contenida se habría visto severamente afectada por el contraexamen en el juicio. También por esta razón los jueces debieran guardar la mayor de las suspicacias respecto de la prueba que no está dispuesta a pasar por el ‘test’ del contraexamen, preocupándose particularmente de aplicar estas facultades de manera restrictiva y exigente.

Una **TERCERA IDEA-FUERZA** en este mismo sentido es que alguien desapegado de los resultados del juicio debe genuinamente controlar que la información presentada por el Estado a través del Ministerio Público sea confiable y suficiente para condenar a una persona. Este es el rol entregado a los jueces y que conocemos como **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD**. En la lógica acusatoria el rol del juez no es producir información para descubrir a toda costa la verdad histórica⁹. El Estado ya ha asignado a un funcionario esa tarea -al fiscal- y este funcionario -y en consecuencia el Estado- ya cree haber descubierto la verdad acerca de los hechos. Lo que el sistema necesita ahora es que alguien controle que esa “verdad” que el Estado dice poseer -la de que el acusado sería autor de un delito- sea probada¹⁰. Si se quiere, que esa verdad sea realmente tal.

⁹ Esta afirmación está enunciada de este modo con fines más bien expositivos. Lo cierto es que al interior de los modelos acusatorios es posible distinguir diversas posiciones al respecto, algunas de las cuales -vgr. el Procedimiento Penal Alemán- sí pretenden que lo que el juez hace es descubrir la verdad histórica a través del proceso. En la lectura que estoy dando al Código estoy optando por una versión del juicio acusatorio más cercana al modelo adversarial anglo-sajón. La justificación de esta opción sería materia de un trabajo completamente distinto, aun cuando espero arrojar en el texto algunos argumentos a favor de esta visión.

¹⁰ Esta es una discusión que ha sido históricamente larga y compleja, demasiado como para hacerme cargo de ella en estas páginas. Sin embargo, a pesar de que pueda ser considerada una discusión abstracta y teórica, lo

La lógica acusatoria -particularmente en sus versiones más puras- es una lógica de roles. Señala que la labor de juzgar penalmente un caso ofrece complejidades que no pueden ser asumidas conjuntamente por una persona, poniendo entonces su apuesta en dividir el trabajo y en construir un sistema que propenda a que cada uno cumpla su rol -y sólo el suyo- a cabalidad. En esta lógica, por lo tanto, el hecho de que no sea función del juez averiguar la verdad no quiere decir que no sea función de nadie hacerlo, mucho menos que la verdad no tenga ninguna importancia en el juicio penal o en el rol del juez. Al contrario, precisamente el rol del juez consiste en testear imparcialmente la ‘verdad’ que el Ministerio Público pretende establecer a través del juicio. Si la ‘verdad’ que el Ministerio Público pretende tener logra convencer a un tercero imparcial, entonces probablemente estaremos más cerca de haber establecido ‘lo que realmente ocurrió’. En este sentido, entonces, si los jueces liberan a una persona por falta de pruebas aun cuando ellos mismos -o cualquier otro- tengan fuertes sospechas de que el sujeto es culpable, estarán cumpliendo a cabalidad su rol. Si la sociedad desea reclamar por esa situación deberá hacerlo en contra del Ministerio Público y de la policía, pues era de ellos la tarea de averiguar la verdad y probarla. El rol del juez fue otro: controlar la verdad que el Ministerio Público dice tener y, cuando no la juzgue creíble -dicho de otro modo, cuando no la juzgue ‘verdadera’ según las reglas que hemos preacordado representadas en el proceso penal- su rol es precisamente así declararlo a través de la absolución. Aun cuando en el caso concreto esta decisión pueda ser difícil y parecer que desprotege a la sociedad frente a alguien que sospechamos delinque, lo cierto es que obrando de este modo los jueces estarán ciertamente protegiendo a la comunidad; al exigir al Estado información seria para afectar los derechos de las personas, estarán protegiendo a miles de ciudadanos del riesgo de ser errónea o arbitrariamente afectadas en sus derechos por el aparato estatal.

La lógica acusatoria opera sobre la base de que nuestra mejor posibilidad de llegar a la verdad -una verdad compleja, llena de matices, de detalles y de interpretaciones- consiste en poner a las partes a competir; que cada una de ellas traiga al juicio su propia versión acerca de lo que ocurrió, que pongan lo mejor de su talento en maximizar las fortalezas de su caso, en destacar las inconsistencias y debilidades del caso de la contraparte y que sugieran todas las interpretaciones que quieran acerca de los hechos y del derecho

cierto es que al sistema inquisitivo subyace una específica posición respecto de la verdad, que ha calado muy profundamente en nuestra cultura jurídica y determina completamente nuestras prácticas procesales. Veamos un ejemplo para ilustrar de qué manera se trata de una cuestión con tremendos efectos prácticos: ¿qué ocurre si el juez tiene la firme sospecha de que el sujeto es culpable, pero el Ministerio Público -digamos por ineficiencia- ha litigado mal el caso y no ha aportado pruebas suficientes de esa culpabilidad? Por ejemplo, porque no le hace al testigo las preguntas que debería hacerle, o porque simplemente no se le ocurrió incorporar pruebas que podría haber utilizado. ¿Qué debe hacer el juez? Si uno cree que el rol del juez es descubrir la verdad histórica y, en atención a ella, hacer justicia, entonces uno concluirá que el juez debería poder intervenir indiscriminadamente en el interrogatorio de los testigos o la ordenación de nueva prueba; si uno en cambio cree que el rol de los jueces es exigirle al Estado que satisfaga un estándar de prueba y, si el Estado no lo hace, no permitirle que continúe la persecución en contra de dicha persona, entonces uno debería concluir que los jueces deben juzgar lo que el Estado les presente, y controlar si sí o si no el Estado ha probado su caso con información de calidad. El modelo acusatorio de juicio -al menos en su versión más pura- sigue esta segunda opción. En mi opinión, al menos en América Latina dicha concepción sirve mejor al control del poder y eleva el estatus de la función judicial de ‘funcionarios del Estado’ a ‘contralores del Estado’, configurando el gran bastión de defensa de las personas frente al poder estatal.

aplicable. La competencia aguda entre las partes, confrontacional y, ojalá, agresiva, tendrá dos efectos de cara a la información con arreglo a la cual el juez resolverá:

- En primer lugar, esta competencia entre las partes proveerá al juez de la mayor cantidad de información posible acerca del caso, toda vez que cada una de las partes hará su mejor esfuerzo por traer al debate toda la información, detalles, matices y puntos de vista que, incluidos por cierto todos aquellos que -digamos, accidentalmente- la contraparte no proporcionó.
- En segundo lugar, elevará al máximo la calidad de dicha información, pues toda ella habrá pasado por el más tenaz de los controles: aquel que realiza la parte a quien dicha información perjudica, expresado fundamentalmente en el contraexamen de la prueba. En consecuencia, cada parte hará su mejor esfuerzo por acusar todas las debilidades, inconsistencias y vacíos del caso de la contraparte, dando a los jueces elementos para apreciar el valor de dicha información en los que tal vez éstos no habían reparado. Si la prueba emerge del contraexamen todavía sólida y creíble, entonces la información que contiene será de una alta calidad y habremos minimizado la posibilidad de que ella nos conduzca a un error.

Ahora bien, para que lo anterior sea cierto es necesario todavía un requisito fundamental: la confrontación entre las partes debe darse en un contexto que asegure el juego justo. Y asegurar el juego justo en esta tenaz confrontación es, también, rol del juez. Esta es la segunda cara de la imparcialidad: asegurar la igualdad de armas, favorecer la maximización del debate, ofrecer igualdad de oportunidades y controlar los excesos, los abusos y la competencia desleal entre las partes. ¿Qué ocurre, desde este punto de vista, cuando los jueces comienzan a asumir roles activos en la producción de la información (en la producción de la prueba)? Bueno, veamos un ejemplo: supongamos que la norma que autoriza a los jueces a interrogar a los testigos sea interpretada de manera amplia y que los jueces, en virtud de ella, produzcan testimonio no introducido por las partes respecto del fondo del caso. En primer lugar -y a partir de un determinado momento del interrogatorio- uno podría comenzar a dudar de que el juez mantenga su imparcialidad respecto de su decisión final; si uno quiere realmente examinar a un testigo sobre el fondo del caso y pretende hacerlo con efectividad, resulta ineludible llevarlo a cabo desde una particular posición dentro del caso, con la que el interrogador comienza inevitablemente a comprometerse. Pero no sólo eso. Según dijimos, una de las principales ideas-fuerza del juicio oral es asegurar la contradictoriedad. La contradictoriedad tiene muchas manifestaciones, la principal de las cuales es la posibilidad de contraexaminar al testigo, generalmente poniendo en evidencia que la información extraída por la parte que lo trajo es defectuosa. Sin embargo, cuando el juez interroga ¿puede la parte a quien las respuestas del testigo perjudican contraexaminar respecto del testimonio obtenido por el juez? Y aún si el Código lo permitiera ¿es legítimo que se ponga a la contraparte en posición de ser contendor del tribunal que va a resolver? Y aún más: otra manifestación del principio de contradicción es la posibilidad de objetar las preguntas de la contraparte cuando son ilegítimamente formuladas. Así por ejemplo las preguntas capciosas. Pero si el juez le hace una pregunta capciosa a mi testigo, ¿acaso puedo objetarlo? ¿puedo decir “su señoría, usted está haciendo una pregunta capciosa, así que por favor prohíbase a usted mismo hacerla de ese modo? Finalmente lo que uno podría decir es que cuando el juez se involucra en el

debate ya no hay quién controle con imparcialidad que éste se desarrolle con apego a las reglas que hacen al juego justo. Se estructure como se estructure la presentación de la prueba, el hecho es que alguien tiene finalmente que garantizar el juego justo y evaluar la prueba desde la postura de un tercero imparcial, no comprometido.

Recapitulando entonces esta tercera idea fuerza que subyace a la lógica del juicio oral -la de la imparcialidad del tribunal como control de calidad de la información- uno diría que -siendo el pasado algo de tan complejo conocimiento, ni hablar de la justicia- la mejor posibilidad que tenemos de aproximarnos lo más posible a esa verdad y a esa justicia -nuestra mejor posibilidad de saber que la información presentada es confiable- es distribuir el trabajo, que cada uno se apegue a su rol con fidelidad y que permita a los demás hacer lo propio. Esto, para procurar que, en un entorno de juego justo garantizado imparcialmente por los jueces, el juicio sea el más confrontacional de los debates entre las partes, de manera que dicho debate ‘salpique’, por así decirlo, la mayor cantidad de información, de detalles, de matices y de interpretaciones posibles. Con toda esa información -y con la credibilidad que ella haya exhibido- los jueces estarán entonces en la mejor posición posible para decidir, también con imparcialidad, si el Estado, a través del Ministerio Público, cumplió o no con su deber de averiguar -y probar- la verdad.

La imparcialidad del tribunal como principio básico del sistema está expresamente contemplado en el artículo 1° del nuevo Código: *“Ninguna persona podrá ser condenada... sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial...”*. Esta frase es responsable en buena medida de la creación de un Ministerio Público que investigue los casos como cosa distinta del tribunal que lo va a juzgar, así como de la creación de juzgados de garantías que controlen dicha investigación como cosa distinta también de los tribunales del juicio. El inciso 4° del artículo 329 señala que en el juicio los jueces únicamente pueden dirigir preguntas a los testigos o peritos una vez que las partes han terminado de examinarlo, y para el sólo efecto de que estos “aclaren sus dichos”. Si a eso uno le agrega que el tribunal sólo a petición de parte puede disponer declaraciones complementarias de peritos que ya hubieren declarado y que la ordenación de prueba nueva sólo puede hacerla por una sola vez y también a petición de parte (a condición de que ésta justifique no haberla conocido previamente), lo que resulta de todo ello es un conjunto de normas que tienden a consagrar la imparcialidad del juez, tanto respecto del control del juego justo como respecto de la decisión final del caso. Con todo, el contexto de transición que experimentará nuestro sistema de justicia penal lo mismo que la específica carga cultural que define los roles de los actores dentro de nuestro sistema sin duda harán mucho más complejo el escenario del rol judicial. En un contexto de roles difusos, de destrezas nuevas y desconocidas para los abogados, de reproducción inicial de prácticas perversas del actual sistema (por ejemplo la presentación de testigos falsos, sin que los abogados sean conscientes de lo mucho que el juicio oral modifica el escenario para ello) y de la inminente necesidad de los jueces por arribar finalmente a una convicción, la participación más activa de los jueces será previsiblemente inevitable. Allí deberán sin embargo ponderar de qué manera dicha intervención sacrifica el juego justo y la imparcialidad final para el juzgamiento, así como las razones que tendrán para ello y el grado en que resulta aceptable dicho sacrificio de imparcialidad. Así también los abogados deberán estar alertas para discutir la participación activa de los jueces en la producción de la prueba -sea en el juicio

mismo o bien en el Recurso de Nulidad- contribuyendo a que el sistema, a través de esta discusión de rol entre los actores, alcance un razonable equilibrio.

Una **CUARTA IDEA-FUERZA** en torno al juicio oral es que, si bien hemos delegado en abogados y jueces el poder de presentar la información del caso y evaluar su credibilidad, los ciudadanos no nos hemos despojado en absoluto del derecho a controlar el modo en que abogados y jueces ejercen dicho poder. Todo este poder que hemos delegado en abogados y jueces debe ser ejercido en frente de la comunidad. Esto es lo que se conoce como **PRINCIPIO DE PUBLICIDAD**. Las puertas del tribunal en lo penal están abiertas para quien quiera presenciar el juicio, sea o no parte en el caso. Las personas tienen derecho a ver de qué manera los jueces aplican el derecho y, en consecuencia, cuando entran a presenciar un juicio lo hacen por derecho propio y no por gracia del tribunal o de las partes. El artículo 289 establece expresamente este principio: *“la audiencia del juicio oral será pública”*. Esto no quiere decir que no se pueda restringir esa publicidad de ninguna manera; hay múltiples razones por las cuales dicha publicidad se puede limitar; así por ejemplo cuando alguna de las partes solicita que se proteja la intimidad, el honor o la seguridad de una determinada persona; así también cuando es necesario evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley. En cualquiera de estos casos el tribunal puede arbitrar una serie de medidas, tales como prohibir el acceso de personas específicas, público en general o prohibir a los intervinientes entregar información. Así también un conjunto de facultades que recaen en el juez presidente para guardar el debido desarrollo de la audiencia. El principio, sin embargo, es que el juicio oral es público y la comunidad tiene derecho a controlar el modo en que los jueces y los abogados utilizan el poder que en ellos se ha delegado.

Por último, una **QUINTA IDEA-FUERZA** para terminar esta reflexión donde comenzamos: puesto que el juicio se ha construido de esta específica manera -oral, contradictorio y público- precisamente para controlar la calidad de la información presentada por el Ministerio Público en su acusación, entonces no estamos dispuestos a considerar a ninguna persona culpable sino hasta que la sentencia definitiva declare que efectivamente dicha información ha superado el test y, por ende, configura base suficiente para la condena. Antes de dicha sentencia simplemente no sabemos si la información presentada por el Ministerio Público -la acusación y su prueba- es confiable y suficiente. Esto es lo que llamamos **PRINCIPIO DE INOCENCIA**, consagrado expresamente en el artículo 4º: *“Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”*. Este principio tiene un tremendo impacto en el juicio oral, poniendo la carga probatoria en el Ministerio Público: es el Estado quien debe probar la culpabilidad que imputa al sujeto en la acusación. La prueba de dicha culpabilidad debe sortear todas las barreras que hemos descrito, de manera que se presente como información de alta calidad. La defensa, en consecuencia, no tiene más exigencias probatorias que las que estime necesarias para controvertir el caso de la fiscalía. No requiere en ningún caso probar la inocencia del acusado: aun guardando silencio la defensa durante toda la audiencia, si el Ministerio Público no logra probar su caso con pruebas cuya calidad haya sido testeada por el juicio y más allá de un alto estándar de convicción, la presunción de inocencia exige de los jueces la absolución. La segunda consecuencia de este principio en el juicio, entonces, es la exigencia que hace a la fiscalía de satisfacer -y a los jueces de verificar- un determinado estándar de convicción para condenar al acusado; el

artículo 340 establece que *“nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción...”*. Nos referiremos a este estándar de prueba más adelante, a propósito de la sentencia definitiva.

El modo a través del cual estamos dispuestos a decidir legítimamente la culpabilidad de una persona, entonces, es a través de un juicio oral revestido de las características que ya hemos descrito, las cuales, desde este punto de vista, persiguen la calidad de la información con arreglo a la cual estamos tomando dicha decisión. Antes de eso, no sabemos realmente si la persona es culpable o no, porque no sabemos si podemos confiar en la información que así lo señala. Por supuesto que en muchos casos sospecharemos fuertemente la culpabilidad del acusado, pero realmente no sabemos qué ocurrirá con la investigación de la policía, los testigos del Ministerio Público y los demás antecedentes recogidos unilateralmente por éste una vez que los pongamos frente al test del juicio oral. En la medida en que el Ministerio Público y la Policía sean más profesionales y eficientes, dicha información superará el test con éxito, nuestras sospechas se corroborarán y podremos condenar al acusado con una razonable tranquilidad de no estar encarcelando a un inocente. Pero en la medida en que el Ministerio Público y la Policía realicen un trabajo más defectuoso, los antecedentes que imputaban al acusado -controvertidos en el juicio oral- se mostrarán menos poderosos y creíbles que lo que parecían unilateralmente expuestos, y entonces nos daremos cuenta que en realidad debemos absolver allí donde la mera versión unilateral del aparato de persecución decía que debíamos condenar. Si es verdad que en muchos casos la información que originalmente parecía convencernos acerca de la culpabilidad del sujeto puede modificarse substancialmente durante el juicio, entonces no sabemos realmente si el sujeto es o no culpable sino hasta que éste haya terminado. Es en este sentido que recae sobre el Ministerio Público la única genuina obligación probatoria en el juicio, la prueba del contenido de la acusación.

IV.- LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL EN EL NUEVO CPP

1.- Actores necesarios y actores eventuales

El juicio oral demanda la presencia necesaria de los siguientes actores:

- **Los jueces** que fallarán el caso. El nuevo sistema entrega el conocimiento del juicio oral a un panel de tres jueces profesionales -sin jurado ni escabinos- que forman parte del ‘Tribunal en lo Penal’. Estos ‘Tribunales en lo Penal’ reúnen a un conjunto de jueces, quines integran salas de tres para conocer los juicios, de algún modo análogamente a la organización de las Cortes de Apelaciones. El número de jueces varía según las necesidades de la jurisdicción. Cada uno de esos ‘grandes tribunales’ cuenta con un ‘Juez Presidente del Comité de Jueces’ a cargo de la administración del tribunal, junto con la administración profesional. La integración de las salas que componen el tribunal varía según reglas preestablecidas, sea por casos o por períodos. A su turno, cada una de estas salas

de tres jueces tiene, para cada juicio, un presidente a cargo de arbitrar el debate en el mismo¹¹.

Ahora bien: recordemos que una vez que se ha cerrado la investigación y se ha deducido acusación por parte del ministerio público el juez de garantía confecciona el “auto de apertura del juicio oral”, documento en el cual se contiene la acusación, la defensa y los medios de prueba que se utilizarán en el debate. Recibido por el Juez Presidente del Tribunal en lo penal el auto de apertura, fijará fecha para el juicio. Esta fecha no podrá ser antes de quince días ni después de sesenta. El presidente señalará también la integración precisa de la sala del juicio, de acuerdo con el sistema de distribución de causas previsto en el tribunal. Los jueces en lo penal pueden ser inhabilitados por las partes según las normas generales de implicancias y recusaciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales. La ausencia de cualquiera de los jueces en cualquier porción del juicio acarrea la nulidad del mismo. No obstante, el presidente del tribunal podrá convocar a un número mayor que los tres jueces requeridos cuando existan circunstancias que permitan presumir que alguno de estos deberá ausentarse del debate. Por supuesto, una vez que un juez se ausenta del debate no puede seguir conociendo ese juicio.

- **El Ministerio Público.** Se trata en este caso de la institución y no de ningún fiscal en particular. El Ministerio Público opera bajo el principio de unidad, de manera que cualquier fiscal representa de igual manera a toda la institución. Al tribunal le es indiferente cómo el Ministerio Público organice su comparecencia a juicio. Habiendo en el sala un fiscal que dice venir a litigar el caso en juicio, la presencia del Ministerio Público se encuentra satisfecha. La ausencia del Ministerio Público en cualquier porción del juicio acarrea la nulidad del mismo (ver artículo 284).
- **El acusado con su defensa.** Aunque el acusado tiene derecho a presenciar todo el juicio, el Código contempla ciertas hipótesis en que puede ser excluido:
 - Cuando el propio acusado así lo solicite.
 - Cuando el tribunal ordene que el acusado haga abandono de la sala porque su comportamiento perturba el orden de la audiencia.

En ambos casos si el acusado reingresa a la audiencia el Código dispone que el presidente de la sala le informe de lo ocurrido en su ausencia (ver artículo 285).

En el caso del defensor, su presencia en el juicio es un requisito de validez del mismo (ver artículo 286). El artículo 287 establece sanciones para el abogado que no asistiere o abandonare la audiencia injustificadamente. Esta norma intenta evitar que la no

¹¹ Para una revisión en profundidad del nuevo modelo organizacional de los tribunales del crimen, ver en este mismo libro, Vargas, Juan Enrique, “Organización y Funcionamiento de los Tribunales en el Nuevo Sistema Procesal Penal”.

comparecencia al juicio sea utilizada por los abogados como practicas dilatorias cuando no desean todavía ir a juicio.

Participan también en el juicio el **querellante** si lo hay, lo mismo que los **actores civiles**. Sin embargo, aun existiendo dichos actores, su ausencia en el juicio oral -o la de sus representantes- no impide la realización del mismo, acarreado para ellos en cambio el abandono de la instancia [ver artículos 288 y 120 letra c)]

2.- Información con que cuentan los actores al inicio del juicio

Al momento de inicio del juicio oral **el tribunal** no cuenta sino con el auto de apertura elaborado por el juez de garantías y en el cual se contiene la exposición de la acusación y de la defensa. El auto de apertura tiene la función de acotar el debate y delimitar la prueba que se va a rendir en él. En consecuencia, los jueces tienen más bien información acerca de qué se va a discutir en el juicio -qué hechos, qué ‘teorías jurídicas’ y qué pruebas- pero no cuentan con nada similar a un expediente y, desde luego, no tienen acceso a la investigación del Ministerio Público. Esta investigación es precisamente lo que el fiscal está llamado a exponer y probar delante de ellos. El artículo 281 señala que el juez de garantías hará llegar el auto de apertura del juicio oral al tribunal competente, *‘junto con los registros que debieren acompañarse’*. Esos ‘otros registros’ son algunos muy específicos de las audiencias preliminares sostenidas ante el juez de garantía. En consecuencia, ni todo lo ocurrido ante el juez de garantía debe ser enviado al tribunal oral, ni dichos registros incluyen de manera alguna la investigación del fiscal. Estas precisiones acaso puedan parecer ociosas, pero la aplicación de esta norma encierra un enorme peligro para el éxito del nuevo sistema: que los juzgados de garantías se sientan llamados a producir un ‘expediente’ de la investigación y dicho expediente llegue a los jueces del juicio oral. Si ello ocurre, dicho expediente sin duda sustituirá rápidamente al juicio, como ha ocurrido en varios lugares de América Latina. ¿Cuáles son, entonces, los ‘otros registros que deben acompañarse’? Exclusivamente aquellos cuya incorporación al juicio oral este autorizada por el Código, como sería el registro de una prueba recibida anticipadamente de acuerdo con lo prescrito por el artículo 191. En cambio, las discusiones en torno a la prisión preventiva y su resolución, o a las autorizaciones judiciales solicitadas por el Ministerio Público, son completamente irrelevantes para el juicio y, al contrario, podrían resultar altamente prejuiciosas para los jueces del fondo.

Las partes en cambio cuentan con toda la información que va a ser sometida al juicio, incluyendo la información de la o las contrapartes; como se sabe, la investigación de la fiscalía es pública para la defensa de manera que ésta conoce cuál es la información que el fiscal ha adquirido a través de dicha investigación; pero todavía más, el objeto de la audiencia de preparación del juicio oral es precisamente que todas las partes ‘abran sus cartas’ respecto de cuál es la versión de cada quién y a través de qué medios específicos pretenden probarla. Así el Código señala que el auto de apertura -que resume finalmente esta audiencia intermedia- deberá indicar, entre otras cosas, *“la o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio, la o las demandas civiles, las pruebas que deberán rendirse en la audiencia oral y la individualización de quienes deban ser citados a ésta”*. No se trata, pues, de utilizar alguna frase sacramental del tipo “probaré mis dichos con todos los medios que me franquea la ley”; lejos de eso, si se pretende que haya en el juicio genuina

contradictoria y si se pretende tomar en serio el derecho a defensa, cada una de las partes debe haber tenido con anticipación al juicio toda la información que se va a presentar en éste, de manera de poder hacer investigaciones independientes y poder preparar adecuadamente el examen y contraexamen de los testigos y peritos, incluidos los de la contraparte. Esta exigencia de ‘revelación’ o ‘descubrimiento’ de la información con anterioridad al juicio significa, en consecuencia, que las partes llegan a la audiencia principal sabiendo con precisión cuáles son los hechos que están en discusión, cuál es el derecho que cada uno invoca y, sobre todo, cuáles son individualizadamente cada una de las pruebas que se van a presentar y cuál es en lo medular la información que aportarán. En este sentido, el artículo 259 inciso 2º dispone que la acusación deberá incluir una lista de testigos y peritos, así como los puntos sobre los cuales dichos testimonios o peritajes recaerán. En efecto, la defensa puede -pero no está obligada a- contestar la acusación de la fiscalía. Sin embargo, si quiere presentar prueba en el juicio deberá someterse a la misma regla [ver artículo 263 c)].

3.- Inicio del juicio oral

El día y hora fijados, constituido el tribunal, el juez presidente de la audiencia deberá realizar los siguientes actos iniciales (artículo 325):

- Verificar que las partes estén presentes y que se encuentren listas para comenzar el juicio, incluida la disponibilidad de todos los intervinientes
- Declarar iniciado el debate.
- Advertir al acusado que debe estar atento a lo que va a oír. Se trata de que el tribunal se preocupe de explicar breve al acusado -pero genuinamente- cuál es su situación en el juicio, qué es lo que está ocurriendo y cuáles son sus derechos en ello. Esta obligación no se limita a este solo momento del juicio sino que se mantiene durante toda su duración (por ejemplo cuando va a hacer uso de la palabra o cuando no se le obliga a jurar al tomar el estrado). Las explicaciones dadas al acusado deben ser hechas sin arreglo a ningún formalismo o fórmula sacramental, dirigiéndose a él directamente en un lenguaje que esté en condiciones de comprender a cabalidad.
- Realizará una exposición del contenido del auto de apertura del juicio oral. El auto de apertura es conocido por todas las partes, de manera que se trata más bien de una corroboración de que todos están de acuerdo en que ese es el auto de apertura -que esos son los límites del debate- emanados para este caso de la audiencia intermedia. Por otro lado, se trata de una exposición del tribunal al público presente en el juicio -a la comunidad- acerca de qué trata el caso que está a punto de verse.

4.- Alegatos de apertura

Realizados los actos iniciales, el presidente del tribunal concederá la palabra al fiscal, para que exponga su acusación y al querellante para que sostenga la acusación, así

como la demanda civil si la hubiere interpuesto (artículo 325). Realizadas las exposiciones, se concederá al acusado la posibilidad de tomar la palabra. Se trata de un derecho y el imputado puede o no ejercerlo, a voluntad. Haga uno de él o no, a continuación el abogado defensor podrá hacer su propio alegato de apertura (artículo 325). Realizados los actos iniciales, entonces, cada parte tiene derecho a hacer un alegato de apertura. En ese alegato las partes presentarán al tribunal el caso que están a punto de conocer, señalando qué es lo que la prueba demostrará y desde qué específico punto de vista ella debe ser apreciada. A diferencia del alegato final, el alegato de apertura no pretende analizar el peso o la credibilidad de la prueba, pues ésta todavía no se ha presentado. El objeto de estos alegatos de apertura es otro: presentar al tribunal la teoría del caso de cada parte y hacer una cierta ‘promesa’ acerca de qué hechos, en términos generales, quedarán acreditados a partir de la prueba.

La declaración del acusado es voluntaria. En consecuencia el presidente le ofrecerá la palabra para que hable en este momento -en cuyo caso podrá ser interrogado luego por las partes- o bien puede no hacer uso de su derecho a hablar, sea porque no lo va a hacer durante todo el juicio, sea porque va a declarar en un momento posterior a través de las preguntas de su abogado.

5.- Prueba en el juicio oral.

Oídos los alegatos de apertura de todos los intervinientes, se recibirá la prueba. El juicio oral en un sistema acusatorio admite como prueba todo medio apto para producir fe, con tal de que cumpla los requisitos generales de la prueba (pertinencia, relevancia, licitud, que esté incluido en el auto de apertura, etc.). El nuevo Código establece un sistema de libre valoración de la prueba; en consecuencia, los hechos del juicio pueden probarse por cualquier medio sin que ninguno tenga para los jueces credibilidad preconcebida ni peso probatorio más allá del que emerge de la actividad del juicio¹². En este sentido, el artículo 296 señala que *“todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley...”*. Sin embargo, los jueces no pueden apreciar la prueba de cualquier modo, por mera arbitrariedad o simple apego a sus propios prejuicios o convicciones subjetivas; a cambio de esta libertad y de este poder frente a la prueba el Código hace fuertes exigencias de fundamentación a la sentencia en la cual los jueces deberán explicar de qué modo valoraron la prueba presentada ante ellos en el juicio (ver artículo 297)¹³. Este sistema inunda toda la prueba: en el procedimiento penal no existen testigos inhábiles ni tachas (ver artículo 309). Si un testigo tiene cercanía a la parte por la que declara, enemistad con aquella contra la cual lo hace, o si tiene interés en el juicio, todas esos elementos podrán -o no- impactar su credibilidad y acarrear como consecuencia que los jueces la desestimen. Sin embargo, es perfectamente posible que pese a estos elementos el testimonio en cuestión parezca a los jueces perfectamente creíble y lo acojan. Asimismo, la noción acerca de quién es ‘perito’ cambia radicalmente; quien quiera

¹² Para una revisión en profundidad del nuevo sistema probatorio, ver en este mismo libro Carocca, Alex, “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal”.

¹³ Para una revisión más detallada de las exigencias de fundamentación que el sistema probatorio impone a los jueces, ver en este mismo libro “La Fundamentación de la Sentencia Penal en el Juicio Oral”.

presentarse como ‘experto’ en una determinada materia tendrá que dar cuenta de su experticia en el juicio oral y dicha experticia será materia de examen y contraexamen, tal como el resto de la información. No hay listas preexistentes de peritos ni basta tener un cargo o un título para serlo; desde luego un título o un cargo podrán hacernos creer que el sujeto posee el conocimiento privilegiado que dice tener, pero también puede ser perfectamente posible que aceptemos para una materia en particular que alguien sea experto sin tener título universitario, que teniéndolo no sea el experto que dice ser o bien que el cargo que ostenta no nos dé ninguna garantía acerca de su experticia (ver artículos 318 y 316). Todo eso deberá ser evaluado por los jueces en el caso concreto, a través del examen y contraexamen que hagan las partes. A su turno, en el sistema de libre valoración los objetos y documentos que se pretenda ingresar al juicio pasarán un examen de admisibilidad y de credibilidad, tal como el resto de la prueba; por muy escritura pública que sea un documento, nada impide que un testigo diga que se trata de un instrumento falso y que los jueces, en ese caso concreto, den mayor credibilidad al testigo que al instrumento.

En cuanto al orden de presentación de la prueba, el Código establece que las partes acusadoras presenten primero todos sus respectivos casos, comenzando con el Ministerio Público y luego con el querellante, si lo hay. A continuación todo el caso de la defensa. El orden concreto de presentación de cada prueba dentro del caso de cada parte, así como el orden en que las partes extraen la información de cada prueba en particular, depende exclusivamente de ellas. Existen algunas alternativas que no están claras en la tramitación parlamentaria al momento de escribirse este libro: una posibilidad es que la ley establezca un orden de presentación de la prueba o bien que cada parte presente su caso como crea más conveniente; asimismo, una posibilidad es obligar a que se presenten primero los peritos de ambas partes, los testigos de ambas partes y así sucesivamente, o bien que cada parte presente su caso de principio a fin, una después de la otra. En la lógica acusatoria del juicio oral, la cuestión clave es que cada parte cumpla su rol del modo más efectivo posible. Las partes llegan al juicio con un conocimiento cabal del caso, que llevan días, semanas o meses preparando. En consecuencia, quienes mejor pueden decidir de qué manera la información puede ser presentada del modo más efectivo, claro y comprensible son las propias partes, quienes además van a sufrir los costos de su desempeño profesional. Así quizás el peritaje con que cuenta la parte vaya sobre un punto específico, cuya relevancia resulta incomprensible antes de que otro testigo haya relatado los hechos más generales. Quizás la parte quiera reservar dicho peritaje al último lugar, y presentarlo una vez que su importancia dentro del relato general resulte evidente, habiendo examinado primero a otros testigos del caso, incluso habiendo introducido a través de esos testigos otro tipo de pruebas, documentos, grabaciones u objetos, por ejemplo.

Revisemos cada uno de estos medios del modo en que están regulados en el Código:

- a.- **Testigos.** La prueba por excelencia en el juicio oral suele estar constituida por el testimonio, ampliamente concebido. Sea que se trate de la declaración de un tercero que dice haber percibido cosas relativas al caso, sea que se trate de la propia declaración de la víctima o del acusado, la prueba del juicio oral por excelencia es el testimonio. Ya veremos que incluso cuando deseamos incorporar al juicio objetos o documentos esto deberá las más de las veces ser

realizado a través de una persona que nos diga que dicho objeto o documento es lo que la parte que lo presenta asegura que es.

Los testigos son personas que han percibido a través de sus sentidos hechos que son relevantes para la resolución del caso. En consecuencia -y en principio- los testigos concurren a declarar sobre hechos. Sus opiniones o conclusiones, no son materia de testimonio, salvo excepciones no resultan relevantes y por lo general dan lugar a una legítima objeción de la contraparte.

Como se dijo, en un sistema de libre valoración no existen testigos inhábiles y la institución de las tachas desaparece del procedimiento penal con el nuevo Código. Toda persona que tenga información sobre el caso -incluida la víctima y el acusado- son hábiles para tomar el estrado, prestar testimonio y ser creídos o no por los jueces, dependiendo de sus particularidades específicas y de la solidez de su testimonio.

- b.- **Peritos.** Los peritos son una particular especie de testigos. No importa como se les llame, el hecho es que -lo mismo que los testigos- se trata de personas que cuentan con información relevante acerca del caso que se está juzgando y que deben venir a dar cuenta de ella en forma oral y sujeta a la contradictoriedad del juicio. A diferencia de los testigos, sin embargo, los peritos por lo general no han presenciado directamente los hechos del caso, sino que emiten acerca de él juicios para los cuales se requiere una determinada experticia. En el caso de los peritos, en consecuencia, las opiniones, lejos de ser irrelevantes -y por lo tanto inadmisibles- suelen constituir precisamente el objeto de su declaración. Así, el artículo 314 señala que *“procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”*.

En un sistema de libre valoración de la prueba no existen experticias preconcebidas. No se es ‘perito’ sino en la medida en que, en el mismo juicio, se dé cuenta de la experticia que se pretende tener. Así, por ejemplo, el hecho de que una persona sea médico en el Servicio Médico Legal no necesariamente acredita su experticia. Quizás sea médico allí porque, por ejemplo, lo han echado de varios hospitales debido a su falta de rigor profesional; quizás esté recién recibido y éste es uno de los primeros casos que allí le ha tocado atender. En cualquiera de estas hipótesis los jueces están en perfecta libertad para evaluar -y las partes para cuestionar- la supuesta experticia de este perito. Entonces, todo aquel que pretenda tener un conocimiento experto relativo a la materia sobre la que está declarando deberá dar cuenta del origen de esa experticia. A su turno, tanto las partes como el juez podrán cuestionar dicha experticia, sea que lo hagan por sus defectos propios o bien por oposición a otro perito más verosímil en esa misma materia. En este sentido el artículo 318 señala que *“los peritos que presentaren no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante el juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a*

determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones”.

Los peritos concurren al juicio oral a explicar su informe. No se presentan simplemente a leerlo o a ratificar lo que allí se dice. De hecho, el artículo 329 señala expresamente que *“durante la audiencia, los peritos [...] deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o en otros documentos que las contuvieren...”*, como por ejemplo el informe. Ya veremos ciertas excepciones a esa regla, pero éste es el principio. La cuestión relevante aquí es que lo que interesa al juicio oral es la declaración actual del perito, de manera que éste pueda explicar sus conclusiones en un lenguaje común que todos -y los jueces antes que nadie- puedan comprender. El informe no es la prueba, sino sólo el testimonio prestado en el juicio oral. Una declaración prestada con intermediación y sujeta a la contradictoriedad del debate. Salvo sus particularidades propias, la declaración de los peritos en el juicio oral se rige por las normas previstas para los testigos (ver artículo 319).

Reglas comunes a los testigos y los peritos:

➤ **Producción del testimonio.** El presidente del tribunal identificará al perito o testigo y ordenará que preste juramento o promesa de decir verdad. Hay testigos sin embargo que declaran sin que medie juramento o promesa: desde luego el acusado -por el principio de no autoincriminación- pero también los testigos menores de dieciocho años y aquellos de quienes el tribunal sospeche que pudieron haber tomado parte en los hechos investigados (ver artículos 329 inciso 2º y 306).

Los peritos y testigos declaran uno a uno. En el caso de los testigos la declaración no es libre, sino que se sujeta al interrogatorio de las partes, primero aquella que lo presenta, luego la contraparte. En el caso de los peritos estos deben ‘exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe’, tras lo cual son interrogados por las partes (ver artículo 329 inciso 3º).

Por último -y únicamente luego de la actuación de las partes- los jueces podrán dirigir al testigo o perito preguntas *“con el fin de aclarar sus dichos”* (ver artículo 329 inciso 4º).¹⁴

➤ **Citación.** Los testigos y peritos van a haber sido citados al juicio por el tribunal y, en caso de que no concurren, se puede pedir su comparecencia por medio de la fuerza pública. Esto no quita que sea responsabilidad de las partes

¹⁴ A este respecto recuérdese lo que decíamos en relación a la participación del juez en la producción de la prueba: idealmente los jueces deben mantenerse imparciales tanto en la generación de la información como en el arbitraje del debate. Desde este punto de vista, no podrían interrogar al testigo para producir prueba que las partes no hayan introducido, sino sólo pedirle que aclare sus dichos cuando el testimonio exacto del testigo o perito -ya declarado por él- no resultó claro o no fue aprehendido por alguno de los jueces. Esto sin embargo deberá probablemente matizarse según los ritmos de la implementación y los ajustes que el sistema requiera mientras los roles son bien definidos al interior de él y las destrezas adquiridas por todos sus actores.

asegurarse de que sus testigos van a estar disponibles y dispuestos para concurrir a declarar al juicio oral (ver artículos 298 y 299).

➤ **Inmediación.** El ya citado artículo 329 señala a propósito de este principio que los peritos y testigos *“deberán ser interrogados personalmente durante la audiencia. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de registro en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieran”*. La única manera de incorporar al debate la información de un testigos es, en principio, presentarlo a que declare en el juicio. El principio de inmediación tiene sin embargo excepciones en el Código de cara al juicio oral. Estas excepciones deben ser aplicadas con extrema suspicacia y excepcionalidad por parte de los jueces, pues, dada la falta de inmediación -y generalmente de contradictoriedad-, les exige conformarse con información cuya producción y calidad desconocen. Las más importantes excepciones son:

- **Anticipación de prueba.** El artículo 191 establece que si durante la investigación fiscal *“...el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia principal por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente...”*. La anticipación de prueba durante la etapa de investigación debe reunir las mismas condiciones de contradictoriedad que el juicio oral, de manera que el examen y contraexamen del testigo se hará por parte del fiscal y del defensor -o de los demás intervinientes- del mismo modo que se habría hecho en la audiencia principal. La diligencia es recogida en un registro fiel que puede incorporarse al debate en el juicio oral. Esta institución no deja de ser un menoscabo para la inmediación y para la contradictoriedad -pues obliga a la contraparte a contraexaminar en una etapa temprana, sin necesariamente tener toda la información que requería para ello- de manera que la aplicación de esta excepción debe ser exigente y excepcional.
- **Lecturas acordadas por todas las partes.** El artículo 331 letra b) establece que podrá darse lectura a las declaraciones de testigos o imputados *“...cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal.”*. Desde luego en este caso el menoscabo a la inmediación esta compensado por el consentimiento de las partes.
- **Ausencias imputables al acusado.** Tanto en el caso de los testigos como de los peritos y coimputados el artículo 331 letra c) establece que podrá darse lectura a las declaraciones previas que hubieren hecho cuando la ausencia de estos en el juicio fuere ‘imputable al acusado’.

- **Coimputados rebeldes.** El Código admite también la posibilidad de introducir por lectura la declaración de coimputados rebeldes prestada ante el juez de garantía, si la hubiere.
- **Declaraciones previas inconsistentes.** Por último, el artículo 332 establece dos hipótesis adicionales de lectura de declaraciones previas: ‘apoyo de memoria’ y la ‘contradicción con declaraciones previas’. Estos son casos de lecturas legítimas, pero en el entendido de que en ninguno de ellos la información proveniente de la lectura constituye prueba. La prueba sigue siendo el testimonio en juicio del testigo o perito, cuya memoria ha sido ‘apoyada’ por el documento que acaba de leer o bien confrontada con una declaración previa inconsistente. La declaración previa sólo puede ser considerada por el juez para evaluar la credibilidad actual del testigo y en ningún caso como fundamento de su decisión en la sentencia. Veamos el siguiente ejemplo: supongamos que el acusado señala en el juicio que el día de los hechos él se encontraba cazando en el bosque, en circunstancias de que contamos con una declaración que hizo en el Ministerio Público diciendo que efectivamente había estado en la casa de la víctima ese día. Realizada la confrontación entre el testimonio actual y la declaración previa inconsistente, el juez puede restar credibilidad al testimonio actual de que ‘estaba cazando en el bosque’, pero no puede dar por probado que el acusado estaba en la casa de la víctima sobre la base de la declaración ante el ministerio público. Por supuesto, puede probar esa afirmación sobre la base de otras pruebas, máxime si ha restado credibilidad al testimonio del acusado prestado en el juicio.

En ambos casos el Código exige que el testigo o perito ya haya declarado sobre el punto; que haya dicho no recordar cierta información sobre lo que se le pregunta o bien que haya de hecho realizado una declaración en el juicio que es inconsistente con otra formulada previamente. Sólo allí nace la posibilidad de utilizar la declaración previa.

En ambos casos sólo se puede utilizar la específica porción de la declaración previa que resulta útil para apoyar la memoria o que contiene la inconsistencia. El resto de la lectura sigue siendo inadmisibles.

- **Contradictoriedad y forma de las preguntas.** El debate se produce principalmente a través del interrogatorio y del contrainterrogatorio del testigo o perito. Las reglas que rigen ambos momentos no son las mismas. En el caso del interrogatorio directo se trata de un testigo o perito que concurre a declarar llamado por una parte y por lo general, comprometido en algún grado con su versión de los hechos. Esto es así aun tratándose de testigos perfectamente verdaderos, que de buena fe creen haber percibido lo que vienen a declarar. Aun así, dichos testigos están en algún grado comprometidos con la versión que vienen precisamente a relatar, y es esa versión la que el juicio quiere controlar. Los testimonio y aun los peritajes nunca son neutrales y, de hecho, son

presentados por la parte precisamente porque ellos apoyan su versión de los hechos. Siendo así, el artículo 330 prohíbe que la parte que presenta al testigo o perito les dirija preguntas sugestivas (aquellas que contienen su propia respuesta), pues en ese caso éstos no estarían sino dejándose guiar por el abogado que los presentó y a favor de cuya parte vienen a declarar. El contrainterrogatorio, en cambio opera sobre una lógica completamente distinta: los peritos y testigos ya han declarado frente al tribunal su versión y esa versión apoya a la contraparte (por eso la contraparte los ha convocado al juicio). Lo que el juicio requiere del contraexaminador, entonces, es que éste sea capaz de extraer de estos testigos toda aquella información, versiones, detalles y matices que ellos no han aportado en el juicio -deliberadamente, o por mero sesgo o desidia- y que podrían perjudicar el caso de la parte por quien han venido a declarar. Si el contraexaminador hace eso, habrá puesto a los jueces en mejores condiciones para evaluar dicha información. Esta es la razón por la cual en el contrainterrogatorio las preguntas sugestivas, lejos de estar prohibidas, son el instrumento por excelencia del contraexaminador. Se trata en ese caso de testigos hostiles, que siempre estarán dispuestos a desmentir o relativizar la información que éste les sugiere. Nótese, entonces, que de acuerdo con el inciso 1° del artículo 330 las preguntas sugestivas están prohibidas sólo en el interrogatorio directo -el que realiza la parte que presenta al testigo o perito- pero no en el contrainterrogatorio^{15 16}.

Tanto en el examen directo como en el contraexamen, sin embargo, están prohibidas las “preguntas engañosas, aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito y las que fueren formuladas en terminos poco claros para ellos” (artículo 330, inciso 3°). Las versiones de ‘pregunta engañosa’ son múltiples y es ésta una materia sobre la cual queda mucho por desarrollar en la práctica judicial. Se trata, en definitiva, de que los testigos y peritos puedan responder a la pregunta con total claridad acerca de cuál es exactamente la información que se está requiriendo de ellos.

c.- Objetos, documentos y otros medios. El artículo 333 establece que *“los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. Los objetos que constituyen evidencia deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes. Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se*

¹⁵ Con este fin la redacción final fue deliberadamente modificada respecto del artículo 364 del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados. Dicha norma no distinguía, prohibiendo las preguntas sugestivas en ambos momentos.

¹⁶ Un tema adicional del que el Código no se hace cargo es la institución de los ‘testigos hostiles’. Hay ocasiones en que los testigos y peritos llamados por una parte son hostiles al caso de ésta. Así por ejemplo, si el fiscal llama a declarar al amigo del acusado, quien no quiere realmente colaborar con el caso del Ministerio Público; o bien, el policía llamado por la defensa porque presenció como sus colegas ‘plantaron’ prueba en la casa del acusado, y que no necesariamente quiere ofrecer a la defensa ese testimonio. En estos casos los testigos, pese a ser llamados por una parte, harán todo lo posible por obstaculizar o rehuir el interrogatorio de éstas. En algunos sistemas comparados dicha parte puede pedir al tribunal que le permita tratar al testigo como un ‘testigo hostil’, en cuyo caso, pese a haberlo presentado, lo interroga conforme a las reglas del contrainterrogatorio, incluida la facultad de preguntar sugestivamente.

reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. El tribunal podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciera conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido. Todos estos medios podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para que los reconozcan o se refieran a ellos”.

Sin embargo, ¿qué debe entenderse por ‘documento’? Pues acabamos de ver que existe un sinnúmero de ‘documentos’ que no son admisibles como prueba en juicio, como son por ejemplo las declaraciones hechas por testigos y acusado ante el ministerio público o la policía. Este artículo se refiere en cambio a la ‘prueba instrumental’, esto es, documentos que contengan declaraciones no producidas al interior del sistema de persecución -policía y ministerio público- y que sean relevantes para el caso; así por ejemplo el contrato a través del cual se consumó la estafa o la carta en la cual el acusado reconoce a su hermana haber cometido el homicidio. En ningún caso pueden ser admisibles como ‘prueba instrumental’ - considerarse como ‘documentos’ - los registros de las declaraciones obtenidas por el sistema de persecución, fundamentalmente el Ministerio Público y la Policía.

A su turno, todos estos medios probatorios -objetos, documentos y los demás medios- deben ser “exhibidos” en el juicio a alguien -algún testigo, perito o alguna de las partes- para que diga que efectivamente ‘lo exhibido es aquello que se pretende que es’ y para que dé cuenta de cómo sabe aquello. No basta que el fiscal se pare y diga “aquí le voy a mostrar el arma recogida en el sitio del suceso” o que la defensa diga “aquí tengo un diagrama del lugar”. El tribunal y la contraparte no tienen por qué aceptar que esa es el arma hallada en el sitio del suceso ni que ese diagrama refleja fielmente el sitio del suceso. La fiscalía necesita que alguien idóneo -por ejemplo el policía que recogió el arma en la escena del crimen- la reconozca en el juicio y que explique cómo exactamente la reconoce (por ejemplo porque la puso en una bolsa sellada de evidencia tras lo cual la rotuló con las señales que la bolsa exhibe hoy en la audiencia). Así también la defensa: deberá pedir a algún testigo idóneo para hablar sobre el sitio diagramado que le diga al tribunal si el dibujo representa adecuada y fielmente el lugar en cuestión. Sólo una vez que ello ocurra las partes podrán utilizar dichos elementos como lo que alegan que son e incorporarlos al debate como prueba. Desde luego, hay documentos cuyo origen es suficientemente público o institucionalizado como para que no sea necesaria mayor acreditación, por ejemplo un la pagina de un diario conocido o un mapa de la guía de teléfonos.

Una vez que el origen del objeto o documento ha sido acreditado, las partes no solo podrán manipularlos durante el interrogatorio a los testigos y peritos, sino que podrán además incorporarlos formalmente como prueba. Dicha incorporación puede ser realizada prácticamente en cualquier momento; inmediatamente establecido el origen, al terminar la parte de presentar todo su caso o bien terminada la prueba testimonial y pericial y antes de los alegatos finales.

e.- **Prueba adicional ordenada por el tribunal.** Por último, existen dos hipótesis en las que el tribunal puede ordenar prueba adicional, siempre a petición de parte:

e.1.- Peritos o testigos vueltos a llamar al estrado (artículo 329 inciso final). Una vez terminada la presentación de la prueba por las partes, “*si lo estimare necesario, el tribunal podrá ordenar una declaración complementaria de testigos o peritos que ya hubieren declarado...*”. No se trata en ningún caso de prueba nueva. Son testigos o peritos que ya han declarado y que son vueltos a llamar por el tribunal a petición de alguna de las partes.^{17 18}

e.2.- Prueba nueva (artículo 336) El Código establece dos hipótesis de presentación de prueba no anunciada en la audiencia de preparación del juicio oral.

En el primer caso (inciso 1º) se trata estrictamente de prueba nueva, sobre el fondo del caso. Estas pruebas podrán ser ordenadas por el tribunal cuanto la parte que debió haberla presentado justifique “no haber sabido de su existencia hasta ese momento”. Esto es particularmente cierto respecto del Ministerio Público. El rol de los jueces es controlar que el Estado esté afectando al acusado del modo que lo está haciendo en razón de una investigación seria y eficiente. Si la fiscalía no fue seria en su investigación el rol de los jueces es así declararlo a través de la absolución. De esta suerte, la fiscalía no puede simplemente decir “su señoría, no supe de la existencia de esta prueba así que quiero ingresarla sorpresivamente ahora”. Los jueces deberán hacer fuertes exigencias acerca no sólo de si efectivamente no la

¹⁷ El Código nada dice acerca de quién debe conducir el examen de estos testigos, y esta decisión no deja de ser compleja: por una parte, es el juez quien ha sentido la necesidad de volver a llamar al testigo, luego es él quien sabe qué información precisa justifica dicha medida. Por otro lado, ello pone al juez en el mayor de los riesgos respecto de su imparcialidad; el testigo ha sido vuelto a llamar para preguntársele sobre cuestiones de fondo, debiera ser interrogado sobre ellas con todas las reglas de contradictoriedad -contraexamen e incidentes incluidos- y resulta difícil concebir cómo la contraparte afectada con esa información sienta que es juego justo tener de oponente al juez. Acaso una posibilidad más compatible con los principios del juicio - particularmente con la imparcialidad en sus dos versiones- es que el tribunal señale a la parte que lo presentó por qué tema está volviendo a ser llamado al testigo o perito, de manera que ella conduzca un examen directo sobre ese tema en particular. Hecho esto el contraexamen es ineludible y debiera estar limitado a la información obtenida en este segundo examen directo.

¹⁸ Bien utilizada esta norma puede resultar útil de cara a la experiencia comparada; en ella el examen y el contraexamen suelen tener ‘segundas vueltas’, de manera que quien presentó al testigo pueda ‘rehabilitarlo’ del trabajo destructivo del contraexamen. El Código chileno no contempla esta posibilidad, cuestión para la que suele esgrimirse el argumento de que segundas vueltas eternizarían los juicios y los encarecerían más allá de lo tolerable. Aunque esto es cierto en algunos casos, la experiencia general de modelos acusatorios cuya adversarialidad es extrema -como Inglaterra y Estados Unidos- no es necesariamente esa. La segunda vuelta del examen directo está estrictamente limitada a los temas cubiertos por el contraexamen, mientras que la segunda vuelta de éste lo está a los temas cubiertos por la segunda vuelta del examen directo. Siendo así, suelen consistir en unas pocas preguntas muy específicas. La ganancia sin embargo para la calidad de la información obtenida es jugosa y cubre con creces ese costo.

conocía, sino además de si no estuvo en condiciones de conocerla. El tribunal deberá tener presente que estará ingresando una prueba respecto de la cual la defensa no tuvo tiempo de trabajar, investigar independientemente y asumir dentro de su modo de encarar el juicio. Se trata pues de una facultad delicadísima de cara a la seriedad del derecho a defensa y a la contradictoriedad del juicio; del uso que le den los jueces se generarán las prácticas del sistema, pues si los jueces no hacen fuertes exigencias de admisibilidad a esta prueba nueva entonces la fiscalía entenderá que no es necesario abrir todas sus cartas en la audiencia de preparación del juicio oral; podrá -y será muy conveniente- guardarse algunas para ingresarlas sorpresivamente como prueba nueva minimizando la posibilidad de respuesta por parte de la defensa.

En el segundo caso (inciso 2º) se trata de ‘prueba sobre prueba’, cuando surge una controversia relacionada exclusivamente con la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba. El ejemplo paradigmático es el testigo que niega haber escrito la carta que se le exhibe o firmado el documento que se le muestra; en ese caso la parte que lo está contrainterrogando podrá pedir al juez autorización para ingresar el peritaje caligráfico si es que lo tiene -o tiempo para realizarlo si no cuenta con él- aun cuando dicho peritaje no haya sido anunciado en la audiencia de preparación del juicio oral. La razón detrás de esta norma es que no es razonable ni conveniente pedir a las partes que prevean todas las posibles ocasiones en que los testigos van a negar su firma, su letra, sus actos o en que simplemente van a mentir acerca de ellos. Además, no se trata realmente de pruebas sobre el fondo del caso y, en consecuencia, el perjuicio de la sorpresa respecto de la contraparte disminuye ostensiblemente.

6.- Alegatos finales

El artículo 338 señala que *“concluida la recepción de la prueba, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular y al defensor, para que expongan sus conclusiones...”*. El alegato final es uno de los momentos centrales del juicio. Toda la prueba ha sido presentada de cara al alegato final, pues es sólo allí cuando por primera y única vez podremos ‘armar el puzzle’ que hemos venido construyendo a través de la prueba. La prueba no habla por sí sola; está llena de detalles, inconsistencias, concordancias, versiones y matices que arrojan diversos elementos para valorarla y para que, a partir de dicha valoración, los jueces construyan el relato que servirá de base a la sentencia. Durante todo el debate los jueces habrán conocido evidencia cuyo sentido no necesariamente ha sido claro en todo momento: algunas porciones de la prueba parecen en principio detalles sin importancia, otras sólo tienen sentido a la luz de su relación con otras pruebas; la credibilidad o descrédito de la evidencia se asienta en un sinnúmero de elementos que no necesariamente apuntan en un mismo sentido y las partes tienen diferentes interpretaciones acerca de qué conclusiones pueden ser extraídas de cada prueba particular y de toda ella en su conjunto. El alegato final es el gran -y el único- momento en que el abogado sugiere al tribunal qué conclusiones debe extraer de lo que ocurrió durante el debate y, dado que la información producida en éste es múltiple,

irregular, heterogénea e interpretable, es también el momento en que el juez urge al abogado a que lo retroalimente acerca de qué conclusiones deben extraerse de toda esa información.

El alegato final es un ejercicio profundamente sistemático: se trata de tomar toda la prueba y ordenarla en un todo coherente de acuerdo a la teoría del caso de cada parte. En consecuencia, es crucial no sólo para éstas sino también para los jueces permitir que los abogados puedan desarrollar su argumentación sin interrupciones y la intervención del tribunal debiera utilizarse exclusivamente para tutelar abusos manifiestos en el uso de este espacio. Ese sería el caso, por ejemplo, si una de las partes pusiera en boca de un testigo palabras que éste jamás pronunció durante el juicio. Ese sería el caso también de una parte que pretendiera hacer alusión a declaraciones extrajudiciales que jamás fueron reconocidas por los testigos durante el juicio. En fin, el ‘límite igualitario’ en el uso de la palabra no quiere decir que todos deban hablar el mismo tiempo, sino que cada una de las partes pueda exponer su alegato final de un modo completo y sin interrupciones, a cambio de que utilice esa facultad de un modo razonable y con apego a las reglas del juego justo.

7.- Facultades del tribunal para conducir el debate.

En general, la conducción del debate recae en el juez presidente. En este sentido *“dirigirá el debate, ordenará la rendición de las pruebas, exigirá el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren y moderará la discusión. Podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho a defensa”* (artículo 292 inciso 1°).

La principal idea que hay detrás del rol del juez presidente durante el debate es la tutela del juego justo. Esta es, según veíamos, la segunda cara de la imparcialidad; las partes van a medir sus versiones de los hechos y lo van a hacer ojalá del modo más confrontacional posible, dentro de un entorno de juego justo. El tribunal -y específicamente el juez presidente- es el guardián de ese juego justo. Las cuestiones que se pueden suscitar dentro del juicio oral son infinitas y la ley no tiene ninguna posibilidad de prevenirlas, menos de solucionarlas. Es el juez -consciente de las razones que nos han llevado a optar por un modelo de juicio oral, público y contradictorio- quien tutela para cada caso y cuestión concreta la justicia de una decisión para la posición de las partes. Si como juez presidente decido permitir que se lea el informe de un perito que no concurrirá a la audiencia ¿es eso justo para la contraparte que no podrá contraexaminar al perito en cuestión? ¿cómo debo corregir esa situación? ¿no debo -si acepto la lectura- conceder entonces a la contraparte un plazo para que consiga un peritaje independiente aún cuando éste no haya estado anunciado en la audiencia de preparación? Si le concedo ese tiempo a la contraparte ¿cómo afecto la concentración y la continuidad de la audiencia? ¿dónde está el mayor perjuicio?. Las cuestiones que pueden surgir son, como decíamos, infinitas. Cada una de ellas originará un debate que deberá ser arbitrado y resuelto por el juez presidente o, en ocasiones, por el tribunal completo. Las facultades que tiene el juez presidente en la conducción de este debate son las siguientes:

- Tiene facultades disciplinarias “*destinadas a mantener el orden y decoro durante el debate y, en general, a garantizar la eficaz realización del mismo [...] en uso de estas facultades el juez podrá ordenar la limitación del acceso de público a un número determinado de personas. También podrá impedir el acceso u ordenar la salida de aquellas personas que se presentaren en condiciones incompatibles con la seriedad de la audiencia*” (artículo 292 incisos 3º y 4º). El juez presidente puede expulsar de la sala a cualquiera de los asistentes -incluidos los abogados- y, respecto de éstos, cuenta además con las sanciones previstas en los artículos 530 y 532 del COT (amonestaciones, multas y arrestos, artículo 294).
- Tiene además facultades disciplinarias destinadas a proteger la libre prestación del testimonio. En este sentido, el presidente puede también expulsar de la sala a aquellas personas que adopten durante el juicio un comportamiento intimidatorio o provocativo (artículo 293).

8.- Publicidad del juicio

El juicio oral es público, según ya hemos dicho. El tribunal tiene sin embargo la facultad de limitar la presencia de público en la sala para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio. En este mismo sentido puede prohibir a los intervinientes y a sus defensores entregar información o formular declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio. También respecto de la infracción de este deber cuenta el tribunal con las sanciones previstas en los artículos 530 y 532 del COT (artículo 289 inciso 1º)

El inciso 2º del artículo 289 establece la regla general que permita la entrada libre a los juicios para la prensa, salvo que las partes se opusieren a ello. Con todo, aun si alguna de las partes se opone el tribunal tiene la decisión final.

9.- Registro del juicio

El artículo 41 establece que “*el juicio oral deberá ser registrado en forma íntegra, por cualquier medio que asegure fidelidad*”. El registro íntegro puede ser hecho fundamentalmente de tres maneras: estenografía, video o cinta magnetofónica.

El registro íntegro presentan importantes ventajas y riesgos. El principal riesgo es la tentación de ser utilizado por los jueces para sustituir la inmediatez y retornar al ‘fallo por expediente’.

Sin embargo, el registro íntegro 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. En este sentido el artículo 44 establece que las partes tendrán siempre derecho a examinar los registros y, además, podrán solicitar a su costa copia auténtica o reproducciones de los mismos.

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? ¿Cómo evitar que -sabiendo los jueces que contarán con un registro fiel y completo- dejen de prestar atención a los sucesos del juicio mismo? 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.

Las ideas que deberían consolidarse respecto del uso de los registros son las siguientes:

- Los jueces nunca debieran fallar sobre información de la que no tengan imágenes directas.
- Los jueces debieran comprender 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 es útil para acceder durante el juicio a tal o cual afirmación precisa de un testigo o perito y para el trabajo diario de las partes en los juicios largos.

9.- Fallo inmediato y sentencia

Terminados los alegatos finales, el tribunal otorgará la palabra al acusado para que manifieste lo que estimare pertinente. A continuación se declarará cerrado el debate y los jueces estarán en condiciones de fallar el caso. El artículo 339 señala que *“inmediatamente después de clausurado el debate, los miembros del tribunal que hubieren asistido a él pasarán a deliberar en privado”*. Los acuerdos del tribunal del juicio oral se rigen por las reglas del COT para las Cortes de Apelaciones; en consecuencia, la decisión se alcanza con simple mayoría de votos dentro del tribunal. Algunos comentarios acerca del fallo:

- **“Inmediatamente”**. El Código exige que los jueces resuelvan inmediatamente una vez cerrado el debate. Esto no quiere decir que no deban tomarse el tiempo de deliberación que requieran hasta alcanzar una decisión. La cuestión es que los jueces deben resolver con arreglo al recuerdo fresco de lo que acaban de percibir con inmediación en la audiencia. Deben en consecuencia abocarse a alcanzar una decisión sin conocer ningún otro asunto en el intertanto, de modo que no haya duda alguna acerca de que están fallando en consideración a la prueba del juicio y no, en cambio, con información de otro caso.

Una vez adoptada una decisión por el tribunal, *“la sentencia definitiva [...] deberá ser pronunciada en la audiencia respectiva”*. Se trata nada más de la decisión acerca de la condena o absolución, acompañada de los fundamentos

principales (artículo 343, inciso 1º). Sin embargo, tratándose de casos que hayan durado más de dos días y cuya complejidad -pese a haber alcanzado los jueces una decisión- exige tiempo para organizar los principales fundamentos de la misma, el tribunal podrá diferir hasta por 24 horas la comunicación del fallo. (artículo 343, inciso 2º). La infracción de estas normas acarrea la nulidad del juicio (artículo 343, inciso 3º).

La redacción de la sentencia completa, en cambio, con todas las exigencias del artículo 342, tiene un plazo de cinco días, contados desde la comunicación del fallo. El incumplimiento de este plazo configura falta grave, sancionada disciplinariamente. Sin perjuicio de dichas sanciones, los jueces contarán con dos días adicionales para citar a la audiencia de lectura de la sentencia. El incumplimiento de este segundo plazo acarrea la nulidad del fallo, a menos que la decisión haya sido absolutoria (artículo 344).

- **Circunstancias modificatorias de la responsabilidad.** La tensión en este punto gira en torno a la exigencia de que la defensa se haga cargo de circunstancias modificatorias de la responsabilidad, cuando su teoría del caso es precisamente que el acusado es inocente. Dado que en un sistema de libre valoración todo el juicio se juega en la credibilidad del caso de cada parte, hacer esta exigencia a acusado pone en riesgo su posibilidad de defenderse efectivamente. Esta es la razón por la que muchos modelos comparados difieren la discusión relativa a la existencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad después de la condena. Por otro lado, se consideró que esta última posibilidad podría ser utilizada para reabrir ampliamente el debate, máxime cuando hay circunstancias modificatorias de responsabilidad íntimamente vinculadas con la existencia misma del delito y que tienen exigencias probatorias tan intensas como los mismos hechos típicos. Piénsese por ejemplo en la saña, la premeditación o la legítima defensa; discutir si ellas concurren esta casi siempre íntimamente vinculado con la discusión acerca de la existencia misma del delito y de la participación del acusado. Finalmente, el Código optó por una solución intermedia; si el tribunal condena, puede todavía postergar la decisión acerca de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad para el momento de la redacción final de la sentencia, siempre que dichas circunstancias modificatorias sean ‘ajenas al hecho punible’ (artículo 343 inciso final). Así por ejemplo la reparación con celo del mal causado. Para dicha discusión -lo mismo que para la aplicación de las reglas de determinación de la pena- el tribunal podrá convocar a las partes a una audiencia y abrir debate (artículo 345). Sin embargo, si las circunstancias modificatorias no son ‘ajenas al hecho punible’, el tribunal deberá resolverlas al momento de decidir sobre la condena o absolución (artículo 343 inciso final) y, en consecuencia, las partes deberán asumir la discusión respecto de ellas como parte de los hechos de fondo, durante el juicio.

- **Sentencia y acusación** (artículo 341). La sentencia condenatoria está ‘amarrada’ por la acusación. No puede excederla en cuanto a los hechos por los que ésta acusa. La lógica detrás de esta norma es la del derecho a defensa. Si el tribunal pudiera dar por acreditados hechos no contenidos en la acusación, entonces se estaría condenando al acusado sin que haya tenido oportunidad de construir su defensa por dichos hechos, refutar la prueba de cargo en lo que respecta a ellos y presentar su propia prueba. En cambio, el tribunal puede dar a los hechos una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

- **Redactor, disidencias y prevenciones.** La redacción de la sentencia esta formalmente encargada a uno de los tres jueces y deberá contener el nombre del redactor, así como las disidencias y prevenciones (artículo 342 inciso final). De esta suerte, la comunidad podrá seguir con precisión la labor de los jueces, saber a quien adjudicar la responsabilidad por las decisiones y controlar su desempeño.

- **Estándar de convicción.** Hasta ahora nuestro procedimiento penal siempre recurrió a la formula vaga de exigir a los jueces haber adquirido ‘convicción’ para condenar a una persona. No obstante, como decíamos a propósito del sistema de valoración de la prueba, dicha formula no ha provisto a los jueces de un genuino criterio de decisión respecto de cuando condenar o absolver, mas allá de la propia voluntad del juez. El estándar de la ‘duda razonable’ corresponde a una formula fundamentalmente desarrollada por el modelo anglo-sajón. Cuánta convicción se requiere para condenar a una persona no es una discusión que haya estado presente en nuestros desarrollos legales o jurisprudenciales. El estándar de la duda razonable no zanja para nada la cuestión -todavía los jueces deberán dotar a la expresión de contenido específico- pero sin duda es un estándar alto para la prueba del fiscal y ofrece un piso desde el cual desarrollarlo jurisprudencialmente: si los jueces tienen una duda acerca de la culpabilidad del sujeto y esa duda es razonable, la ley los obliga a absolver, con independencia de que es lo que ellos crean fuera de dicho estándar. Aun si los jueces tienen la sospecha de que el acusado es culpable, pero les cabe una duda razonable, deben absolver. Y al hacerlo así, estarán cumpliendo a cabalidad su rol social de controlar la actividad del Estado y proteger a los individuos de una maquinaria estatal ineficiente, errática o arbitraria. Curiosamente, aunque no ha habido realmente desarrollos en torno al estándar requerido para condenar, la idea de que el estándar requerido por el proceso penal es mas exigente al de otras áreas del derecho es completamente parte de nuestro sistema; esa es la razón por la cual la sentencia penal absolutoria deja todavía incólume la posibilidad de perseguir la responsabilidad civil ante los tribunales civiles: porque el estándar de convicción que requieren las cuestiones civiles es más bajo, menos exigente que el estándar exigido por la condena penal. Luego, es perfectamente posible ser absuelto en el

procedimiento penal pero, por los mismos hechos, ser condenado en un procedimiento civil. ¿Cuál es la lógica de esto? Precisamente el hecho de que el procedimiento penal exige un estándar de convicción mucho más alto para la condena.

La elaboración en la práctica del estándar de la duda razonable no es una mera decisión técnica, sino que tiene la máxima importancia política desde el punto de vista de los valores del sistema: mientras más bajo el estándar -mientras menores las exigencias probatorias que los jueces le hagan a la fiscalía- será más fácil condenar a los culpables, aunque serán mayores también las posibilidades de condenar erróneamente a personas inocentes. Al contrario, mientras más alto el estándar estaremos minimizando las posibilidades de condenar erróneamente a un inocente, aunque se dificultará también la condena de los culpables. El justo equilibrio entre estos dos valores constituye el verdadero tema de fondo detrás del estándar de convicción de un sistema penal.

- **Fundamentación.** Como habíamos anunciado ya, la casi completa libertad probatoria tiene una contracara: impone a los jueces altas exigencias en torno a la fundamentación del fallo. El artículo 342 letra c) 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”. A su turno, el artículo 297 establece que “los tribunales apreciarán la prueba con entera libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados [...] 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 [...] La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”. Esta es la exigencia substancial de razonamiento expresado en la sentencia, además de lo cual ésta deberá contener los demás requisitos que el Código le requiere. Sobre el modo en que debe entenderse esta exigencia de fundamentación hemos dedicado en este libro un capítulo independiente.

EPÍLOGO

Tradicionalmente el proceso penal ha dividido a la sociedad entre ‘garantistas’ y ‘conservadores’, en una discusión en tono generalmente confrontacional. Sin duda ha contribuido a ello el hecho de ser éste un debate que tiene un fuerte contenido moral, en torno a visiones éticas acerca del individuo, de la sociedad y del sistema democrático. De una parte, entonces, se han alineado quienes creen en una cierta visión del hombre y de la sociedad en virtud de la cual incluso los peores delincuentes merecen ser tratados con

dignidad y respeto, acaso no tanto como un premio que tal vez no merezcan, sino porque ello nos hace mejores como comunidad. Del otro lado, en cambio, se alinean aquellos que ven en el castigo de quienes han afectado bienes y personas un valor más caro, estando dispuestos a perseguir dichas infracciones incluso por medios que abandonan parcialmente los valores declarados de la sociedad. Este es un dilema complejo. No se trata de una discusión entre ‘buenos’ y ‘malos’, sino de un debate inevitablemente impuesto por la muy compleja realidad del fenómeno del crimen.

En estas páginas he intentado ofrecer una visión del juicio oral que pueda acercar posiciones en torno al sistema de principios y garantías del juicio oral. Esta es una visión que asume la importancia de sancionar a quien ha cometido un delito cuando el Estado ha decidido llevarlo a juicio. Pero asume también la importancia de sancionar a quien efectivamente cometió dicho delito y no a un inocente en su lugar. Es por eso que resulta crucial tanto para ‘garantistas’ como para ‘conservadores’ construir un sistema de juzgamiento que controle la calidad de la información que las partes traen al debate. Un sistema que depure dicha información, determinando con precisión cuál es el exacto alcance de la declaración de testigos y peritos, sus reales posibilidades de haber percibido lo que dicen haber percibido -o concluir lo que dicen haber concluido- e identificando los elementos que puedan teñir o tergiversar la exactitud de dichas apreciaciones.

La prueba no habla por sí sola. Ella contiene nada más una porción del relato de los hechos, generalmente teñido por la subjetividad de los involucrados. Obtener de la prueba la mayor cantidad de información, matices, detalles e interpretaciones posibles sin duda aumenta su calidad, ofreciendo a los jueces más elementos -y por ende una mejor posición- para evaluar si el acusado que juzgan es realmente quien debe recibir la sanción penal. Como dije, dudo que este objetivo pueda no parece ser central tanto a ‘garantistas’ como a ‘conservadores’. En este texto he intentado mostrar como, a mi juicio, el juicio oral, público y contradictorio contribuye a dicho objetivo. Desde luego esta particular posición respecto de la adversarialidad como mecanismo de depuración puede ser discutida, pero igualmente me parece que, asumiendo la importancia de minimizar del riesgo de error como punto de partida, nuestras diferencias en torno a los principios que rigen el juicio oral hallarán una base común a partir de la cual continuar este debate.

Por otro lado, he intentado ofrecer una justificación de la arquitectura del juicio oral que provea a jueces y abogados de un criterio para identificar con mayor precisión los fines que subyacen a las normas del nuevo proceso penal y los peligros que ellas conllevan, de manera que los operadores del sistema las puedan dotar de contenido específico en las prácticas procesales. Un criterio justificatorio que nos permita decidir de que modo debemos aplicar correctamente dichas normas en la realidad, transformándolas en instrumentos sociales útiles; no normas nacidas de la abstracción de una ciencia jurídica intelectualizada ni de una poesía jurídica irrealizable; normas hechas al servicio de valores e ideas políticas, en la medida en que persiguen la realización de una cierta sociedad y la solución de ciertos problemas sociales.