# La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal<sup>1</sup>

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal Universidad del Desarrollo

### I. Introducción

En la cátedra universitaria de pregrado, que todos recibimos en su tiempo, desde la cual, en mi particular caso, han transcurrido casi dieciséis años, así como en la enseñanza que algunos de nosotros impartimos sobre la base de la obra de nuestros insignes procesalistas clásicos, es frecuente que la materia atinente a la sentencia definitiva sea abordada en no más de una clase, en que aludimos al plazo que la ley procesal otorga para su pronunciamiento, así como al modo en que la decisión judicial debe quedar documentada en el expediente, en un texto escrito, que ha de contener una sección expositiva, otra parte considerativa y, finalmente, una zona resolutiva, puesto que así lo manda el art. 500 del Código de 1906 para las sentencias definitivas de primera instancia, así como para las sentencias definitivas de segundo grado, en tanto éstas sean revocatorias o modificatorias.

A la descripción de esos requisitos formales agregamos que la sección resolutiva debe, necesariamente, al tenor del art. 501, condenar o absolver al sujeto pasivo de la acusación, sin que pueda quedar suspendido el pronunciamiento, ni siquiera por insuficiencia de prueba, salvo el caso de sobreseimiento en razón de ausencia o demencia sobrevinientes.

Desde luego, siempre advertimos acerca de la importancia decisiva del cumplimiento riguroso de los requisitos sobredichos, toda vez que la ley procesal penal, para el evento de omisión, tiene predispuesta, en el art. 541, numeral 9º, del Código de 1906, la sanción de la nulidad procesal del fallo, por vía de casación formal, declarable a instancia de parte interesada o de oficio por los tribunales superiores.

<sup>1</sup> Texto de charla pronunciada por el autor el 2 de noviembre de 2001 en el marco del curso "La Reforma Procesal Penal", organizado por la Universidad de Concepción y el Ministerio Público.

El autor agradece la colaboración prestada a este trabajo por el profesor de Introducción al Derecho de la Universidad del Desarrollo, Sr. Fernando Rojas Sepúlveda.

He conversado con diversos colegas, que han abrazado la delicada y esforzada carrera judicial, acerca de la notable curiosidad que implica la escasa atención que los profesores de Derecho Procesal conferimos a enseñar el modo en que el juez debe sentenciar, aquello que debe pasar por su mente al momento de pensar y labrar su sentencia definitiva, en cuanto usualmente nos limitamos a un análisis meramente formal, como el que he descrito precedentemente, absteniéndonos de abordar el fondo de la naturaleza y contenido del acto de juzgamiento, que es de razonamiento fáctico y jurídico.

Porque el razonamiento sentenciador no es un pensamiento cualquiera, libre de toda valla, sino que se trata de un razonamiento complejo, completo y jurídicamente reglado, sujeto, por ende, a una enorme pluralidad de directrices preceptivas, obligatorias, que el magistrado debe tener en debida cuenta al fallar.

Estas omisiones en que incurrimos los profesores de Derecho Procesal redundan en la debilidad en que quedan los abogados que, recién transformados en jueces, se enfrentan a la responsabilidad más delicada que puede enfrentar un letrado, que consiste y se siente, precisamente, a la hora en que les corresponde emitir una sentencia definitiva en juzgamiento de un acusado. El Derecho Procesal contemporáneo, debidamente advertido de este fenómeno, con motivo del análisis de la sentencia definitiva, se ha preocupado de considerarla y analizarla como un acto de juicio y voluntad, jurídico y humano, sistematizando las limitaciones constitucionales y legales a las que el ordenamiento lo sujeta, de modo de expresar su verdadera ontología, y colaborar, del mismo modo, al perfeccionamiento progresivo de las decisiones jurisdiccionales. Este es, en consecuencia, el enfoque que pretendo otorgarles a estas palabras, de modo de sistematizar, antes que nada, la disciplina jurídico-procesal del razonamiento sentenciador, desde la perspectiva del CPP de la Reforma.

Debe advertirse que, en este enfoque sistemático, en la medida que el CPP es un texto legal nuevo y novedoso, he optado por privilegiar el análisis dogmático de la ley procesal penal nueva, obviando los estudios doctrinarios de mayor entidad, porque, atendido el tiempo, he debido optar por uno u otro camino. Y he preferido el camino menos lucido, más pedestre, de estarme a los textos legales, para que los vayamos comprendiendo y mis palabras sirvan en vuestros quehaceres prácticos.



# II. Relevancia de la disciplina procesal del juzgamiento penal en los ordenamientos garantistas

El estudio de la disciplina jurídico-procesal del acto de juicio que se contiene en la sentencia definitiva, cobra especial relevancia en el orden criminal, en atención al axioma *nulla poena*, *nullum crimen*, *nulla culpa*, *sine iudicium*, esto es, no puede tener lugar la sanción penal, no puede cobrar eficacia concreta la consecuencia jurídica propia de la norma penal, sin previo proceso jurisdiccional.

De este modo, el juicio criminal, que es cuestión de Derecho Procesal Penal, es un requisito imprescindible a la aplicación de la pena, tan imprescindible como lo es la configuración del tipo legal de Derecho Penal substantivo. Pero no se trata de un proceso cualquiera, sino, como manda el art. 19 No. 3º de la CPE, de un proceso que la ley procesal penal debe configurar con garantías de justicia y racionalidad. Y es este complejo garantista el que, a la vez que dota al acto de juicio de legitimidad política y jurídica, obliga al seguimiento de una disciplina jurídica bastante compleja, que el magistrado debe tener en consideración al elaborar su sentencia definitiva.

Así, entonces, nosotros intentaremos enfocar y analizar este complejo procesal garantista, estos elementos que el juez debe tener *in mens* al momento de emitir el juzgamiento criminal, tal como viene dispuesto en el Código Procesal Penal. O, dicho de otro modo, cuál es la disciplina procesal exigida a la sentencia definitiva penal, con expresa mención en el sentido que sólo podremos abordar la que emana de los TJOP.

# III. Presupuestos sentenciales

La primera cuestión que deben considerar los jueces, puestos en ocasión de labrar sentencia definitiva, es la concurrencia o inconcurrencia de los presupuestos sentenciales, es decir, de las condiciones que la ley procesal establece para que los jueces tengan la posibilidad jurídica de emitir su acto de juicio substantivo acerca de si se ha cometido o no un hecho punible, y, en conclusión positiva, respecto de si le ha cabido o no al acusado una participación penada por la ley, puesto que, en razón de la configuración procesal específica, es posible que los jueces, o bien las personas que integran el órgano jurisdiccional, carezcan de esa aptitud de derecho, de modo que, o bien no puedan emitir pronunciamiento de fondo, o bien, de emitirlo, ésta debe estar constituido necesariamente por un fallo absolutorio.

Evidentemente, revisaremos tan sólo aquellos presupuestos sentenciales que reciben novedades en el CPP y omitiremos casi todo cuanto tiene que ver con la legalidad del desarrollo del juicio oral, desde que este último es objeto de otras exposiciones.

### III.1. Competencia del TJOP

El TJOP, en cuanto órgano jurisdiccional, debe, antes de emitir el juicio jurídico de juzgamiento, verificar su propia competencia para conocer del conflicto penal en cuestión, puesto que tal análisis es impuesto por las conocidas reglas de los arts. 5°, 6° y 7° de la CPE, en cuanto éstas establecen el principio de legalidad de las actuaciones de todos los órganos del Estado, en el sentido que éstos actúan válidamente sólo dentro de la esfera de su competencia legal.

En cuanto concierne a la necesidad de competencia absoluta, el CPP plantea pocas novedades, salvo porque establece ahora, modificando sensiblemente el régimen de las impugnaciones, en la letra a) del art. 374, la procedencia del recurso de nulidad, para impugnar el juicio oral en que ha recaído sentencia pronunciada por tribunal incompetente. El recurso de nulidad será objeto de otra exposición.

Pero en lo que se refiere a la cuestión territorial, el CPP introdujo la regla del art. 74.1, que tiene por objeto eliminar las dilaciones que provoca esta clase de conflictos. Al efecto, la ley consagra la imposibilidad, tanto de la declaración oficiosa de incompetencia territorial del TJOP, como de la promoción por las partes de conflictos de impugnación de la competencia territorial del TJOP, preclusión que tiene lugar una vez transcurridos los tres días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que compete dictar al juez presidente (art. 281.3) y que fija fecha para la realización del JO. De este modo, con motivo de esta simplificación de la Reforma, al instante de emitir la sentencia definitiva, el TJOP no tiene necesidad de evaluar su competencia territorial, que, a esa época, existe de pleno derecho.

# III.2. Habilidad de los jueces del TJOP

Conforme al artículo 74 del CPP, toda incidencia atinente a la habilidad de los jueces del TJOP debe plantearse, a más tardar, también dentro de tercero día contado desde la notificación de la resolución que fija fecha para la audiencia del JO.

Ahora bien, si el hecho constitutivo de la causal de implicancia o recusación llega a conocimiento del interviniente después del vencimiento de

ese plazo y antes de la audiencia del JO, la incidencia debe plantearse, necesariamente, al inicio de ésta. Transcurrida esta oportunidad, el CPP prohíbe la impugnación de la habilidad de los jueces del TJOP, aunque sin perjuicio de la declaración oficiosa.

# III.3. Validez predeterminada de las actuaciones de la fase de investigación.

Como se sabe, el CPP contiene reglas especiales de nulidad procesal, en el Título VII del Libro I, arts. 159 a 165, que permiten declarar la invalidación de las actuaciones del procedimiento, en la medida que exista inobservancia de las formas procesales, y que de ello derive perjuicio, entendiéndose que lo hay cuando tal inobservancia atente contra las posibilidades de actuación de los intervinientes, así como cuando hubiere implicado un impedimento al ejercicio de garantías constitucionales y legales.

Empero, con arreglo al art. 161, después de realizada la APJO, queda prohibida a los intervinientes la solicitud de declaración de nulidad procesal de las actuaciones verificadas durante la etapa de investigación, petición que debe ser declarada inadmisible, lo cual implica que la validez de tales actuaciones se encuentra predeterminada por la ley para los jueces del TO.

# III.4. Legitimación del sujeto activo de la acción penal e idoneidad en su ejercicio

Del mismo modo que el Código de 1906, el CPP concibe a la acción penal como el mecanismo que permite promover, desarrollar y culminar la actividad jurisdiccional destinada al juzgamiento en que puede hacerse efectiva, en su caso, la responsabilidad penal, de modo que es jurídicamente imprescindible que la acción se haya ejercido por sujeto legitimado y de manera jurídicamente idónea, así como que subsista su potencia jurídica a la época de la sentencia definitiva, lo cual quiere decir que la dicha acción, si ha nacido correctamente, no se haya extinguido legalmente en lo subsecuente.

Tratándose de la acción penal pública, en la medida que ella puede ejercerse de oficio por el MP, o bien previa una simple denuncia o querella, lo normal es que, a la hora de la sentencia definitiva, que es el acto procesal de que nosotros estamos tratando, no se planteen mayores cuestionamientos acerca de si la acción se ha ejercido idóneamente, tal como ocurre actualmente, en el Código de 1906. En efecto, en éste, si el tribunal ha podido obrar incluso oficiosamente o bastándole la sola noticia del hecho punible, habiendo finalizado el sumario y el plenario, y el propio

tribunal ha podido y debido procesar y acusar, no es fácil concebir situaciones procesales de defecto de ejercicio de acción, que puedan plantearse al juez al momento de dictar la sentencia definitiva. Lo propio ocurre en el CPP, puesto que el MP ha podido obrar de oficio y los jueces no estarán puestos en situación de dictar sentencia definitiva, si el propio MP no ha formalizado la investigación y luego acusado.

Pero el CPP formula novedades de interés a este respecto, tratándose de la especial figura de forzamiento de la acusación, que fue de difícil consenso legislativo y que se haya regulada por el art. 258. Como ya se ha estudiado, tanto en el evento que el MP requiera sobreseimiento y a éste se oponga el querellante, como en el caso que el MP comunique su decisión de no perseverar, el querellante puede ser autorizado por el JG para formular acusación y sostenerla en lo sucesivo hasta la conclusión del proceso.

En estos casos, la titularidad jurídica activa, hasta el fin del proceso, la tiene exclusivamente el querellante, puesto que el MP deja de actuar judicialmente. Por esta razón, pasa a tener relevancia jurídica la legitimación del querellante, porque, como también se sabe, en el nuevo sistema, la facultad de querellarse no pertenece a cualquiera persona capaz de parecer en juicio, sino que corresponde, por regla general, sólo a la víctima, definida por el art. 108, en la medida que no le afecten las prohibiciones del art. 116; tratándose de conductas terroristas, puede querellarse cualquier persona capaz de parecer en juicio, pero a condición que esté domiciliada en la provincia; y tratándose de delitos que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto, puede querellarse cualquier persona domiciliada en la región en que se hubieren cometido.

Siendo así, desaparecido el MP, la carencia de legitimación jurídica del único sujeto activo subsistente, del único sostén de la acción, deriva en la imposibilidad jurídica del juzgamiento penal de fondo, al menos en cuanto pueda tener una alternativa condenatoria. Si hay defecto de legitimación del sujeto activo, no cabe ninguna duda que es forzosa la sentencia absolutoria. De manera que, a propósito de la acción pública, en el sistema nuevo pueden plantearse cuestiones muy decisivas en el instante de la sentencia definitiva.

Esta clase de conflictos también puede suscitarse en lo que concierne a la vigencia de la acción penal pública ejercida por el querellante, en lo que tiene que ver con las situaciones procesales de renuncia, tratadas por los arts. 56 y 57; desistimiento, regulada por el art. 118, y abandono, normada por el art. 120.

En lo que concierne a la acción penal pública previa instancia particular, esto es, a la acción que hoy, impropiamente, llamamos mixta, igualmente pueden plantearse conflictos decisivos, tanto en lo que hace a la legitimación del sujeto a cuya instancia se ha abierto el proceso, como en cuanto al modo en que dicho sujeto ha instado. En esto no hay mayores diferencias con el sistema actual. Y lo mismo puede decirse de los delitos de acción penal privada.

### III.5. Sujeto pasivo idóneo, presente y defendido

Tal como se enseña actualmente, la posibilidad jurídica del juzgamiento criminal de fondo supone, necesariamente, la concurrencia de un imputado que cumpla con un conjunto de requisitos de legitimación pasiva.

En esta ocasión, sólo me parece pertinente recordar algunas cuestiones básicas, como que el art. 58 reitera los términos del art. 39 del Código de 1906, en el sentido que la responsabilidad penal sólo asiste a las personas naturales, de modo que, en lo correspondiente a las personas jurídicas, sólo tienen legitimación pasiva las personas naturales que hayan intervenido efectivamente en el hecho punible, independientemente de que sean, o no, representantes jurídicos de esas personas jurídicas, de lo que la doctrina colige, y esa conclusión se mantiene en el sistema nuevo, que no es posible emitir juzgamiento criminal de fondo respecto de una persona natural que no ha tenido intervención material alguna en la conducta que es objeto del juicio.

También recordemos, al pasar, que el imputado debe estar necesariamente presente en el juicio oral, que no ha debido perder la salud mental, puesto que, en ambos casos, el art. 283.2 ordena suspender el juicio oral, y que debe estar, también imprescindiblemente, asistido por defensor.

# III.6. Inexistencia de cuestiones prejudiciales civiles

Como ustedes saben, la regla general, establecida por el art. 173.1 del COT, consiste en que la jurisdicción criminal, es competente para conocer de las cuestiones jurídicas de orden civil que tengan incidencia en la configuración del ilícito y en la procedencia de la pena, así como en la ausencia de responsabilidad penal o en la modificación de la entidad de esta responsabilidad, excepción hecha de las cuestiones que taxativamente establecen los arts. 173 y 174 del propio COT, que son, en realidad, prejudiciales civiles, en el sentido que la jurisdicción criminal no puede emitir pronunciamiento, entretanto ellas no sean resueltas en sede civil.

En este contexto, el art. 171, en relación con el art. 252, en cuanto a la fase de investigación, previene que, suscitada que sea una cuestión prejudicial civil, salvo cuestiones de protección o investigación urgentes, se suspenderá el procedimiento, dictándose sobreseimiento temporal, hasta que la cuestión no sea decidida por sentencia firme de la jurisdicción civil, por cuya dictación debe instar el MP.

Ahora bien, en la fase de juicio oral, el art. 283.2 establece perentoriamente que el juicio oral se suspenderá por las causas señaladas en el art. 252, de modo que el TJOP, en cualquier momento en que aparezca o advierta la existencia de una cuestión prejudicial civil, no tiene otro camino que no sea el de paralizar el juicio oral, aunque ello sea advertido en la deliberación previa a la sentencia definitiva. Se trata, claramente, de un presupuesto de la sentencia definitiva, porque, en evento de infracción, hay lugar al recurso de nulidad por incompetencia tribunalicia, con arreglo al art. 374.1.

### III.7. La existencia de acusación idónea

Tanto en el sistema del Código de 1906, como en el que diseña el CPP, la existencia de la acusación, esto es, de un acto procesal que contiene la imputación criminal que se dirige en contra del acusado y el requerimiento de sanción penal, expresándose así la pretensión procesal penal, constituye una base ineludible del juzgamiento de fondo, del mismo modo que la idoneidad jurídica de la acusación. Al menos, de un pronunciamiento de fondo que tenga la posibilidad jurídica de la condena y no uno necesariamente absolutorio.

Es de advertir que, en la práctica, este requisito del juzgamiento tiene un carácter mucho más decisivo en el sistema nuevo que en el antiguo. En efecto, en el Código de 1906, como el juez es, a la vez, investigador, acusador y sentenciador, es decir, es dueño del proceso, y cuenta, adicionalmente, con amplias potestades anulatorias (art. 72.3), lo cual también acaece en la segunda instancia, al advertir, al momento de sentenciar, un error grave en la formulación de la acusación, siempre puede ejercer la potestad anulatoria, retrotraer el proceso a un estado anterior, superar el defecto y proseguir con la tramitación de la causa. He visto muchos ejemplos de esto en la práctica judicial, incluso con forzamiento de normas procesales. Ahora bien, si el error es advertido por los jueces de apelación o de consulta, pueden recurrir al instrumento de la casación oficiosa, que se encuentra concebido en términos bastante amplios (art. 541 N° 12).

En el sistema nuevo, en cambio, la función y responsabilidad de acusar queda atribuida claramente al MP, y en la figura de forzamiento, al quere-

llante, reservándose al juez sólo la función y responsabilidad de juzgamiento, de manera que si el acto procesal de acusación se encuentra concebido defectuosamente, en términos tales de hacer imposible el juzgamiento, la única respuesta que el ordenamiento jurídico permite al TJOP es la de emitir sentencia absolutoria, quedando la responsabilidad jurídica de esta consecuencia en el ámbito del MP, o, en su caso, del querellante. En este punto se advierte, entonces, un cambio central del sistema nuevo, que abandona los cauces propios del proceso previo, que era preeminentemente inquisitivo y en que el juez, como dijimos, era el dueño del proceso y contaba con todas las facultades que fueran menester para arribar al juzgamiento efectivo de la eventual responsabilidad penal. En el nuevo sistema, entonces, se advierte un cambio cultural de gran importancia práctica.

Esta cuestión tiene también relevancia práctica en otra perspectiva, que tiene que ver con la definición de en qué casos estamos frente a un defecto "formal" de la acusación y cuándo estamos frente a un defecto de "fondo" de la misma. Este problema es muy decisivo, porque el art. 270 permite que el JG, en la APJO pueda ordenar la corrección de vicios de la acusación, incluso de oficio, o bien resolviendo una petición del querellante (art. 261 b) o de la propia defensa (art. 263 a), pero no de cualquier defecto, sino de un defecto "formal". Cuál es el deslinde entre el defecto "formal" y el defecto de "fondo" es, pues, una cuestión decisiva, porque los defectos de "fondo" de la acusación no pueden, entonces, ser corregidos, y conducirán, indefectiblemente, a que los jueces de la sentencia definitiva deban emitir sentencia absolutoria, radicándose la responsabilidad jurídica del error en el MP, como es propio de la cultura del sistema nuevo.

En este orden, debe recordarse que con arreglo al art. 259 la idoneidad jurídica de la acusación supone que ésta contenga, con claridad y precisión, la relación circunstanciada del hecho atribuido, su calificación jurídica, la participación atribuida y la pena requerida.

La materia también es importante para la defensa, porque, frente a defectos formales de la acusación, ella cuenta con la facultad, ya dicha, que le confiere el art. 263 a), para requerir su corrección, petición que debe ser resuelta en la APJO. Pero, antes de tomar esta decisión táctica, la defensa debe evaluar acuciosamente el defecto de que se trata, puesto que si tal defecto, en definitiva, impedirá el juzgamiento de fondo y conducirá necesariamente a una sentencia absolutoria, como, por ejemplo, si la descripción de hechos de la acusación omite el señalamiento de algún elemento configurativo del tipo penal, entonces, para la defensa, es mejor no hacer cuestión del asunto, no otorgarle el tratamiento de un defecto formal, sino que reservar el argumento para la AJO, como cuestión de fondo.

La necesidad jurídica de la acusación "idónea", como presupuesto jurídico de la posibilidad del juzgamiento de fondo de la responsabilidad penal, plantea también otras cuestiones de interés.

Así, por ejemplo, el art. 259.3 exige congruencia entre la acusación y la previa formalización de investigación, en la medida que la primera no puede cubrir hechos, ni personas, que no hayan sido objeto de anterior formalización de investigación, del mismo modo que el actual art. 403 del Código de 1906 impone, implícitamente, coherencia entre el procesamiento y la acusación, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema. Lo propio se dispone en el art. 261 a), respecto de la acusación del querellante, que puede exceder el ámbito fáctico de la acusación del MP, pero no puede exceder los hechos que hayan sido objeto de formalización previa.

Ahora bien, como sabemos quienes ejercemos la profesión en la práctica, la determinación de la identidad de los hechos parece, cuando se lee el CPP, una cuestión simple, pero, en realidad, no tiene nada de sencilla, porque no se aplica aquí la lógica formal, sino la lógica jurídica, de modo que descripciones de hechos formalmente distintas pueden ser jurídicamente iguales, conforme a diversos criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido diseñando. No se trata, claramente, de una identidad fáctica propia de la lógica formal abstracta, sino de una identidad jurídica que es concepto de lógica jurídica. Por ejemplo, si se concluye, v. gr., que podemos condenar por apropiación indebida a un sujeto que estaba acusado por malversación de caudales públicos, entonces es obvio que hemos superado por completo la lógica formal abstracta, porque los hechos que conducen a una y otra imputación no son formalmente idénticos.

¿Cuál es, entonces, el criterio de identidad jurídica de los hechos? Diversas soluciones han sido planteadas por la doctrina. Algunos sostienen que el hecho permanece idéntico en lógica jurídica cuando se mantiene idéntica la acción del agente, aunque se modifique el resultado de la conducta. Se ha expresado también que hay identidad si se mantiene el resultado, aunque la acción varíe. Otros dicen que hay identidad en la medida que se mantengan todos los elementos objetivos del hecho criminoso, aunque se varíe el título subjetivo de la imputación –dolo, culpa o preterintencionalidad—. Hay quienes sostienen que pueden variarse los elementos objetivos, siempre que se mantenga idéntica la lesión de bien jurídico dentro de una determinada categoría penal. Y otros, finalmente, sostienen que el hecho se mantiene el mismo si la variación de la descripción no ha afectado al derecho a la defensa jurídica. El tema, como se ve, es muy complejo y no podemos aquí profundizarlo plenamente.

Universidad del Desarrollo

Pero lo que me interesa destacar es el problema de resolver acerca de si la incongruencia fáctica entre la formalización previa y la acusación posferior es, o no, una materia de que deban preocuparse, como presupuesto de su fallo, los jueces del TJOP, y, por lo mismo, si esta materia puede ser, o no, objeto de argumento de defensa eficaz en el JO. Me parece que el tema no es en absoluto claro, no tengo respuesta cierta y prefiero simplemente dejarlo mencionado.

# IV. El establecimiento de los hechos probados en la sentencia definitiva

La primera de las labores que deben realizar los jueces cometidos del pronunciamiento de la sentencia definitiva radica en la necesidad de establecer los hechos y circunstancias de la causa, los acaecimientos de la vida real que son objeto de juicio, siempre en el marco de las alegaciones fácticas de la acusación y de la defensa, que es una función que se realiza por medio de los atributos humanos de percepción y experiencia, aplicados a la apreciación de los medios de prueba producidos en el JO.

Esta apreciación judicial es particularmente delicada, en cuanto implica siempre sólo un grado de probabilidad de la ocurrencia del hecho y nunca una certeza absoluta, cuestión que el legislador reconoce categóricamente, hoy, en el art. 340, cuando fija la plausibilidad de la condena en la ausencia de una duda "razonable", recogiendo una doctrina que es propia del derecho norteamericano, en cuyo contexto, sin embargo, pese al cuidado desarrollado en ese ámbito, conocemos de tantas condenas que, después de muchos años, se han revisado y anulado, por falsedad de hecho.

Los abogados de ejercicio práctico sabemos bien que en el establecimiento de los hechos, las más de las veces, se juega la suerte del proceso penal.

Nosotros intentaremos abordar, aunque sea brevemente, las reglas de Derecho Procesal que disciplinan jurídicamente la labor de enjuiciamiento del hecho.

# IV.1. Congruencia fáctica

La ley procesal penal impide que la sentencia definitiva exceda el ámbito de la relación circunstanciada de hechos que debe contenerse, como hemos visto antes, en el acto procesal de acusación.

En este orden, el art. 341 expresa categóricamente que "la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación", agregando que

"en consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella". A efectos procesales sancionatorios, el art. 374 letra f) establece, como motivo absoluto de nulidad del fallo, "la infracción de lo prescrito en el art. 341".

En términos generales, la preceptiva nueva se conforma con la regulación del Código de 1906, en el sentido que éste establece, en el art. 541 N° 10, que es causal de nulidad del fallo, declarable en casación formal de oficio o previa impugnación de parte, la circunstancia de ultra petita, que define como la extensión del fallo a "puntos inconexos" con los que hubieren sido objeto de acusación, sin que deba olvidarse que, además y de base, el art. 43 remite al art. 160 del CPC, regla que dispone que es vedado al juez extender su fallo a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio, y, como se sabe, en lo penal, es la acusación, que expresa la pretensión procesal penal, el acto procesal que somete unos u otros puntos a juicio.

Como recordamos antes, la cuestión de identidad de hecho ofrece muchos problemas prácticos. Como dice Bettiol, "¿cuándo es que el hecho cambia? ¿cuándo es que el hecho es el mismo?". Se trata, ésta, de una cuestión, que ofrece problemas a propósito de congruencia, de litis pendencia y de cosa juzgada, entre otras instituciones procesales.<sup>3</sup>

La jurisprudencia plantea algunos ejemplos que implican el análisis de límites críticos. Por ejemplo, en hechos constitutivos de amenazas en relación con fases preparatorias de otros ilícitos, o en relación con la asociación ilícita, o con la preterintencionalidad respecto del dolo o de la culpa, etcétera. Pueden plantearse muchos problemas, como ya dijimos antes, y los criterios de solución son especialmente complejos. La situación de un sujeto que es objeto de imputación por amenazas con armas de fuego, y luego queda condenado como autor de tentativa de homicidio. También, sobre la base de esta materia, se ha desarrollado el principio de imposibilidad de segregación de hechos, como si se pretendiere dividir una conducta, estimando que parte de ella constituye una falta y la otra parte un crimen o simple delito.

Veamos, entonces, qué novedades tenemos, a propósito de esta cuestión, en el CPP, las cuales son básicamente dos.

La primera es que el CPP mejora la redacción previa, en cuanto antes la ley exigía la conexión de "puntos" y hoy requiere la conexión de "hechos",

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Fontecilla. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III, páginas 232 y ss.

de modo que el principio de congruencia queda más firme y ampliamente establecido que antes.

La segunda consiste en que el Código habla hoy, en el art. 341, de "hechos y circunstancias" contenidos en la acusación, aspecto que debe ser objeto de adecuada interpretación.

En efecto, el art. 259 exige, en la letra b), que la acusación contenga la relación "circunstanciada" del hecho atribuido, esto es, la expresión de circunstancias de tiempo, sujetos y modalidades conductuales, de modo que podría pensarse que el legislador ha querido ser extremadamente exigente en cuanto a la identidad de hechos, incluyéndose no sólo las cuestiones nucleares o esenciales de la atribución, sino también todos los accidentes de la descripción fáctica.

La otra interpretación, que parece más acertada, en principio, consiste en entender que la norma de congruencia del art. 341.1 concierne, en general, tanto al hecho punible atribuido, cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad que el MP o el querellante hayan incluido en el acto de acusación, en virtud de lo dispuesto en el art. 259 letra c) y en el art. 261 letra a). De manera que lo que la ley diría, en el art. 341.1, es que la sentencia definitiva no puede exceder el marco del hecho objeto de acusación, ni el marco de circunstancias modificatorias agravantes de responsabilidad que se haya planteado en la acusación.

Parece que esta última es la interpretación adecuada, porque el propio art. 341, en su inciso segundo, admite que los jueces consideren en la sentencia definitiva unas circunstancias modificatorias de responsabilidad que no han sido objeto de la acusación, en la medida que de ello advierta a los intervinientes, durante el debate, de modo que éstos puedan pronunciarse al respecto, ejerciendo el derecho de defensa. De manera que cuando el inciso primero alude a "circunstancias", entonces se está refiriendo a las mismas "circunstancias" de que trata en el inciso segundo.

Pero hay que hacer presente que algunas particularidades de conducta, como la alevosía, en ocasiones, configuran el tipo penal, como ocurre con el homicidio calificado. En tal caso, en nuestro concepto, se deben observar las reglas del hecho, de manera que si los hechos que configuran la calificante no se encuentran comprendidos en la calificación, es jurídicamente imposible exceder su ámbito, ni aun con advertencia previa. En efecto, en tal evento, la alevosía, que utilizamos como ejemplo, opera como elemento del tipo penal y no como una simple circunstancia modificatoria agravante de responsabilidad.

### IV.2. Congruencia y defensa

En el sistema del Código de 1906, era de advertir que el art. 541 N° 10, en cuanto a congruencia, sancionaba con la invalidación formal a la sentencia que excedía los puntos objeto de acusación, así como, también, a la sentencia que excedía los puntos objeto de la defensa contenida en la contestación a la acusación.

De manera que el texto legal estricto planteaba al juez, al dictar sentencia definitiva, un problema, si llegaba a concluir en la necesidad de absolver en razón de algún hecho, como, por ejemplo, uno constitutivo de causal de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad, o, en general, de exención o extinción de responsabilidad, que, sin embargo, no fue objeto de la defensa, desde que, en principio, ello estaba vedado por el art. 541 N° 10. De hecho, la jurisprudencia de la Corte Suprema ofrece algunos ejemplos de este entendimiento estricto, relativamente recientes, en materia de cosa juzgada y prescripción.

Pero hay que reconocer que la mayoría de los pronunciamientos de las instancias jurisdiccionales matizaban este entendimiento con la regla de convicción condenatoria del art. 456 bis y, por esta vía, en convicción de absolución, procedían las más de las veces a absolver cada vez que lo estimaban procedente con arreglo a los hechos establecidos a partir del mérito de los autos.

Pues bien, este problema ha quedado eliminado en el CPP de la Reforma, porque el art. 341.1 limita la necesidad de congruencia a la sentencia condenatoria, en cuanto establece que "no se podrá condenar" por hechos que no hayan sido comprendidos en la acusación, y la causal de nulidad del fallo se remite al art. 341, de modo que hoy es completamente claro que los jueces pueden absolver en razón de hechos que no hayan sido comprendidos en la defensa. Los jueces del TJOP, en consecuencia, bien pueden absolver en virtud de un hecho que no ha sido objeto de la defensa, pero que aparece del mérito de los hechos establecidos, sobre la base de la norma de convicción condenatoria que hoy se contiene en el art. 340 y sin temor de exceso de habilitación jurídica.

### IV.3. Hechos establecidos anticipadamente

El enjuiciamiento de hecho, que es lo mismo que decir el establecimiento de los hechos, constituye, en principio, una actuación ponderativa que es propia del acto de juicio contenido en la sentencia definitiva. Así ocurría en el Código de 1906, en que, como se sabe, la resolución que, en plenario,

recibe la causa a prueba, no fija hechos substanciales, pertinentes controvertidos, de modo que, a la hora de la sentencia definitiva, no existen hechos que se encuentren jurídicamente establecidos, con valor vinculante para el magistrado, sino que es éste quien debe proceder a establecerlos, todos, en la sentencia definitiva.

El CPP viene a alterar esta dinámica notablemente, en forma explícita, en un caso, y en forma implícita, en el otro.

Vamos a la primera cuestión.

Conforme al art. 275, el MP, el querellante si lo hubiere, y el imputado, de común acuerdo, pueden solicitar al JG que dé por establecidos ciertos hechos, acerca de los cuales, dice la ley expresamente, no podrá haber controversia en el juicio oral, debiendo los jueces del TO estarse en todo a ellos. El JG sólo puede negar esta petición en el evento que exista discordancia entre las alegaciones de hechos de las partes y estos hechos cuyo establecimiento a firme se pretende. Aceptando la petición, a lo que está, en todo otro caso, obligado por la ley procesal, debe expresar este establecimiento de hechos en el auto de apertura del JO, conforme reza el art. 277 letra d).

De modo que los jueces del TO, en su labor de establecimiento de los hechos, se encuentran con una limitación importante, en el sentido que uno o más hechos pueden venir establecidos en el auto de apertura del juicio oral, en virtud de una convención probatoria, cuya procedencia ha sido decidida por el JG.

Son varios principios, propios de nuestra cultura, los que se rompen duramente con el nuevo sistema.

La primera cuestión es que la búsqueda, por los jueces del TJOP, de la verdad material deja de ser una regla básica del proceso penal. El juez de la sentencia definitiva no es ya el amo y señor del establecimiento de la verdad, porque, en definitiva, por esta vía de las convenciones probatorias, queda establecida una verdad simplemente procesal, que es vinculante para los jueces sentenciadores. Es de advertir que la procedencia de las convenciones probatorias no requiere, ni siquiera, que exista correspondencia entre los hechos que se tienen por establecidos de este modo y lo que surja de los registros de las actuaciones policiales o de los registros de las investigaciones del MP o de la declaración del imputado. Basta con que exista correspondencia entre esos hechos y las alegaciones de hechos efectuadas por el MP en la acusación, por el acusado en la exposición de argu-

mentos de defensa propia de la APJO, y del querellante, si lo hubiere. Abandonamos, entonces, la búsqueda denodada de la verdad material, porque al legislador de la Reforma le interesa, más que ello, la solución del conflicto penal, lo cual no estoy aquí criticando, sino constatando.

La segunda cuestión es que es bastante evidente la relevancia práctica del JG en el establecimiento de los hechos, no sólo porque es a este funcionario a quien compete cautelar la correspondencia entre las alegaciones de hechos y los que se tienen por definitivamente establecidos, sino también porque él mismo puede, art. 275, sugerir a los intervinientes el establecimiento de ciertos hechos por vía de convención probatoria.

Esto significa que se rompe el principio de unidad del juicio jurisdiccional de los hechos, en que la labor de su establecimiento queda entregada a un mismo y único tribunal. Fíjense que este principio se respeta incluso en el proceso civil, en que el juez, al recibir a prueba, tiene ciertos hechos por establecidos por inexistencia de controversia, y, por consiguiente, no recibe a prueba respecto de ellos, constatación que debe respetarse en la sentencia definitiva posterior, porque la recepción a prueba es una sentencia interlocutoria que sirve de base al pronunciamiento de la sentencia definitiva. Pero aquí la cuestión cambia, porque no se trata del mismo tribunal, sino de uno distinto, que, por decirlo así, interviene indirectamente en el establecimiento por los intervinientes de una parte del juicio de hecho.

De este modo, este instrumento, por una parte, constituye una limitación importante a la generación del juicio de hecho que se contiene en la sentencia definitiva, y, por otra, implica una muy profunda alteración de nuestro sistema jurídico, que no me parece criticable.

Quiero hacer presente, sin embargo de lo dicho, que este mecanismo de establecimiento de los hechos tiene una limitación de eficacia, implícita, en el art. 340.3, en cuanto "no se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración". Ocurre que, en virtud del mecanismo de las convenciones probatorias, pueden, en abstracto, tenerse por establecidos todos los hechos que configuran la conducta del imputado, el tipo penal, la antijuridicidad y la culpabilidad, reservándose el debate probatorio posterior a cuestiones accesorias o bien al juicio de derecho. La pregunta es, entonces: ¿puede en este caso emitirse condena sobre la exclusiva base de estos acuerdos probatorios, que tienen único respaldo, a su vez, en la exposición del acusado de sus argumentos de defensa? A mí me parece obvio que esto queda impedido por la regla del art. 340.3, toda vez que, en esta perspectiva, en mi opinión, la declaración del imputado es equivalente a la exposición de argumentos de defensa, y se estaría con-

denando con el sólo mérito de ésta. Quien debe tener cuidado con esto es el MP, así como el querellante, porque si se exagera el ámbito de la convención, puede terminarse en una sentencia absolutoria, por imposibilidad jurídica de condena, por imperio del art. 340.3.

En segundo lugar, me parece ver, también, una limitación implícita a la formación del juicio de hecho de los jueces sentenciadores en lo que dice relación con hechos públicos y notorios, a partir de las consecuencias jurídicas que se derivan de los arts. 257 y 276.1.

Conforme a la primera de estas reglas, los intervinientes pueden pedir al JG la renovación de aquellas diligencias de investigación que hubieren pedido oportunamente al MP y que éste ha rechazado, pero el funcionario debe rechazar la solicitud si ésta concierne a "hechos públicos y notorios".

En coherencia con este criterio, el artículo 276.1 dispone claramente que el JG "ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral... las pruebas que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios".

Esta regla, en principio, parece sana, porque es criterio bastante pacífico que los hechos públicos y notorios quedan relevados de prueba. Pero la verdad es que lo que se acaba de decir es lo único pacífico, porque la determinación de bajo qué condiciones un hecho es "público y notorio", y, todavía más, en un caso específico, en un juicio singular, en un caso práctico, la determinación de qué hecho cumple esas condiciones, ya en abstracto discutidas, configura un problema que, en ocasiones, es de dificil decisión.

Me interesa destacar que el art. 277 no establece como requisito de contenido del auto de apertura del juicio oral, la descripción de hechos públicos y notorios, que, como tales, se tengan por firmes y no puedan ser objeto de prueba. Pero esta determinación la encontraremos en la decisión que niega la prueba, porque ésta debe ser fundada, en el hecho y en el derecho, art. 36, de modo que el JG, en la fundamentación de su decisión, habrá explicado que un hecho determinado es público y notorio y que, por ello, rechaza la prueba ofrecida.

En cualquier caso, estando claro que en el juicio oral no se puede, es vedado, rendir las pruebas que el JG ha excluido, entonces el interviniente queda impedido jurídicamente de producir la probanza respectiva. El problema consiste en decidir acerca de si el hecho que el interviniente quiso acreditar y no pudo, queda establecido como hecho definitivo para los jueces del TJOP. A mí me parece que ello es así, porque ese entendimiento es el único compatible con la garantía de la defensa, implícita al proceso justo y racional que asegura el art. 19 N° 3° de la CPE. En efecto, ¿cómo podrían los jueces del TJOP omitir ese hecho, si el interviniente ha ofrecido probarlo, y no ha podido, precisamente porque se le dijo que se trataba de un hecho público y notorio? La opción contraria carece de racionalidad y justicia y viola el derecho a la defensa jurídica, uno de cuyos elementos esenciales es la facultad de acreditar, en el juicio, las alegaciones de hechos. Si así se entiende, los jueces sentenciadores quedan compelidos, al formar el juicio fáctico, tanto a tener por establecido el hecho respectivo, como a omitir el establecimiento de un hecho contradictorio con aquél.

Y, de este modo, se tiene que, otra vez, el establecimiento de los hechos queda dividido, en la medida que una sección de éste queda entregada a la ponderación del JG, con valor vinculante para los jueces del TJOP. Esta limitación en el establecimiento fáctico, esta división en la formación del enjuiciamiento de hecho, entre dos órganos jurisdiccionales distintos entre sí, rompe con nuestra cultura jurídica, lo cual otra vez digo que estoy constatando, no criticando.

Fíjense que habría una manera de escapar de este entendimiento. Tendríamos que entender que existen materias de hecho que son públicas y notorias, de manera que el JG se limitaría a negar el medio de prueba ofrecido, por incidir en materia pública y notoria, reservando el establecimiento del hecho respectivo a los jueces del TJOP. De esta manera, el enjuiciamiento de hecho no quedaría dividido entre dos órganos jurisdiccionales diferentes entre sí. Me parece que es posible conceder la viabilidad de este entendimiento, cuestión que irá resolviendo la jurisprudencia. Empero, como abogado de ejercicio práctico, también estimo que este entendimiento no es razonable, tanto porque el hecho público y notorio no es cuestión muy clara, cuanto porque los hechos tienen matices, tienen modalidades, que a veces hacen a su substancia, o que, a lo menos, pueden ser relevantes en el juzgamiento penal, de modo que el obstáculo a la prueba del interviniente, de este modo, sin una consecuencia acreditativa de certeza, no me parece que ofrezca racionalidad. En síntesis, creo que el tratamiento que el CPP otorga al establecimiento de los hechos públicos y notorios debiera ser revisado.

### IV.4. La admisibilidad de todo medio de prueba

Las disposiciones que, a este efecto, establece el CPP en los arts. 295 y 393, en el sentido que los hechos y circunstancias del caso pueden ser probados por cualquier medio, en cuanto éste, en la ponderación de los

jueces del TJOP, sea apto para producir fe, tiene poco de novedoso en nuestro sistema probatorio.

Recordemos que el art. 457 del Código de 1906 enumera los medios legales de prueba, mencionando, entre éstos, a las presunciones o indicios, agregando que sobre cada uno de estos medios de prueba rigen las reglas dictadas a su respecto en la Parte Primera del Libro II, esto es, en la normativa del sumario. Pues bien, dentro de esta última, encontramos el art. 113 bis que admite que cualquier medio apto para producir fe pueda servir de base a una presunción o indicio. De este modo, en el Código de 1906, cualquier medio apto para producir fe, cuestión que también quedaba reservada al criterio del magistrado, servía plenamente al establecimiento de los hechos, en la medida que la conclusión de conocimiento fáctico que él arrojare permitía construir una deducción o inducción, constitutiva de una presunción judicial.

Esta es una de las razones por las que, cada vez que se repite, con cierta majadería, incluso por autoridades públicas, que el sistema probatorio del texto actual de nuestro Código de 1906 es legal o tasado, se incurre en un error grave, por este y otros motivos que puedo abordar más adelante. A partir de la Ley N° 18.857, el Código admite la búsqueda de la verdad material a través de cualquier medio apto para producir fe.

Pero debo anotar que no es que no haya diferencia alguna, en este orden, entre el sistema antiguo y el nuevo. En efecto, por medio de los arts. 113 bis y 457, en el sistema antiguo, podía construirse una presunción judicial y, al tenor del art. 488, una sola de éstas no bastaba para tener por acreditado un hecho, porque las presunciones debían ser necesariamente múltiples para bastarse a sí mismas en la acreditación de un hecho. En cambio, en el sistema nuevo, esta limitación no existe, de modo que los jueces del TJOP, sobre la base de los principios lógicos, las máximas de experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, pueden tener por establecido un hecho por esta exclusiva vía. No estoy seguro que se haya obrado correctamente al imponerse esta solución legislativa.

### IV.5. La admisibilidad de todo medio de prueba es relativa

Cuando se dice, conforme acabo de expresar, que en el juicio penal oral es admisible todo medio de prueba, a condición exclusiva que, en el criterio de los jueces del TJOP, sea apto para producir fe, se dice, en realidad, una verdad relativa, que es cierta en el sistema procesal en su conjunto, pero que es meramente teórica en concreto y en la particularidad específica de cada juicio oral.

Adviertan ustedes, primeramente, que, con arreglo a lo previsto en los arts. 235, 259, 261 letra c) y 263 letra c), los medios de prueba deben ser ofrecidos por los intervinientes, con ocasión de los actos procesales de acusación del MP, adhesión o acusación del querellante y exposición de argumentos de defensa del acusado, en términos tales que, de no existir este ofrecimiento, es jurídicamente imposible que ellos sean producidos en el juicio oral.

Se advierte aquí, otra vez, la transformación cultural que la reforma implica entre nosotros, en la medida que no es imperativa la búsqueda de la verdad material. Lo que es imperativo es la solución del conflicto penal, y si en éste la verdad material resulta sacrificada, pues no importa. Será una cuestión de responsabilidad del MP, y del querellante, si lo hay, en cuanto a la acreditación de las alegaciones de hecho de la acusación, y del acusado, en cuanto a la acreditación de sus argumentos de defensa. Los jueces del TJOP buscan, es cierto, la verdad material, pero con grandes limitaciones, entre las que obran las que estamos analizando aquí.

Adviertan ustedes también que los medios de prueba no sólo deben ser ofrecidos, sino que su producción debe ser admitida. ¿Por quién? Por el JG, quien debe expresar, art. 277 letra e), cuáles son los medios de prueba que podrán rendirse en el juicio oral.

Como se sabe, art. 276, el JG puede excluir prueba en varios supuestos: a) manifiesta impertinencia; b) las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; c) las que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales; y d) las que provinieren de actuaciones declaradas nulas. Adicionalmente, el JG puede reducir el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos se pretenda acreditar unos mismos hechos y éstos no guardaren pertinencia substancial con los hechos que habrán de debatirse en el juicio oral.

Otra vez tienen ustedes aplicado un principio propio de la transformación de la reforma, de la nueva cultura que se introduce entre nosotros: la división del enjuiciamiento de hecho, entre órganos jurisdiccionales distintos, en la medida que una parte de éste queda reservada a la supervisión del JG y otra parte a la ponderación y decisión del TJOP.

No es necesario pensar demasiado, a un abogado de ejercicio, para concluir en que la exclusión de uno o más medios de prueba puede tener, como resultado concreto, la exclusión de un hecho en la sentencia definitiva, puesto que si no puedo producir la prueba que tiende a acreditar un hecho y si no tengo otro medio de acreditarlo, entonces, en términos

simples, se está excluyendo ese hecho del establecimiento fáctico poble.

Así las cosas, cuando se dice que en el nuevo sistema procesal penal es posible acreditar los hechos a través de cualquier medio de prueba, en la medida que sea, en el criterio judicial, apto para producir fe, se dice una verdad abstracta. Empero, puestos en el instante de la elaboración del enjuiciamiento de hecho de la sentencia definitiva, que es el acto procesal que nosotros estamos analizando, no se puede decir lo mismo, toda vez que el TJOP, en el enjuiciamiento de hecho, está limitado a los medios de prueba ofrecidos oportuna e idóneamente por las partes y luego admitidos previamente por el JG.

Lo que se viene diciendo tiene sólo la excepción del art. 336, que se pone estrictamente en dos hipótesis. La primera consiste en que el TJOP puede admitir la producción de pruebas no ofrecidas, ni admitidas, en el evento que la existencia del medio respectivo haya sido ignorada por el interviniente. La segunda tiene que ver con un debate probatorio accesorio, que puede revestir no obstante gran relevancia práctica, cuando se trate del análisis de veracidad, autenticidad o integridad de una prueba rendida. Es esta última una institución de mucha importancia teórica y práctica, que no podemos comentar por razones de tiempo.

## IV.6. Prohibición de ponderación de prueba ilícita

En el nuevo proceso criminal, la decisión penal se justifica jurídicamente, ya no sólo por la búsqueda de la verdad, por la aplicación a todo evento de la ley penal substantiva, sino, antes que todo ello, por la licitud de los medios de búsqueda de esa verdad, como es propio del estado actual de la cultura occidental. El Código es, en esto, extremadamente cuidadoso. Recuerden ustedes las disposiciones sobre nulidad procesal, art. 160, en que se presume de derecho el perjuicio si se hubiere impedido el ejercicio de garantías constitucionales o legales, la exclusión de prueba por el JG, art. 276, si la prueba se hubiere obtenido con inobservancia de garantías constitucionales, y la procedencia del recurso de nulidad, art. 373 letra a), cuando en la tramitación del juicio o en la sentencia definitiva se hubieren infringido substancialmente garantías constitucionales o de tratados.

Esta orientación se aplica, también, como severa limitación al enjuiciamiento de hecho, en cuanto el art. 334.2 prohíbe, en términos absolutos, incorporar al juicio oral como medios de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieren cuenta de diligencias declaradas nulas o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.

De manera que la legitimación jurídica de los medios de prueba opera como una limitación absoluta en la formación del enjuiciamiento de hecho, o, lo que es lo mismo, en el establecimiento de los hechos. Los jueces del TJOP quedan absolutamente limitados ante la ilicitud de la prueba.

### IV.7. Prohibición de incorporación y ponderación de antecedentes

Como saben ustedes, el CPP consagra ciertas salidas alternativas al conflicto penal, distintas del fallo, que involucran determinados grados de negociación entre los intervinientes, durante cuya substanciación es posible que existan afirmaciones explícitas o implícitas de hechos. Así ocurre con la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios y la tramitación de la solicitud de procedimiento abreviado. Pero las tramitaciones respectivas pueden iniciarse y quedar frustradas, por diversas razones, pese a lo cual ha sido forzoso registrar los distintos actos de proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación.

Los registros de las actuaciones existirán. Así, por ejemplo, el acto por el que el imputado acepta los hechos descritos en la acusación del MP. Pero la ley quiere que los intervinientes, durante esas tramitaciones, se expresen libremente, de modo que sus afirmaciones explícitas o implícitas de hechos no les perjudiquen de ninguna manera en lo sucesivo. Esas afirmaciones deben cumplir con su finalidad específica, en el contexto de la institución respectiva, exclusivamente. Así, el imputado que aceptó los hechos propuestos por el MP en su acusación, no lo hizo, necesariamente, porque admita la verdad de ellos, sino que ha podido hacerlo, como es propio de una negociación, teniendo sólo en vista la eliminación de la posibilidad jurídica de una pena mayor a cinco años de privación de libertad.

Por esta razón, la ley procesal penal establece otra limitación jurídica al enjuiciamiento de hecho de la sentencia definitiva, disponiendo categóricamente que estos antecedentes no pueden ser invocados durante el juicio oral, ni pueden ser incorporados a éste, ni darse lectura a los registros respectivos. No se trata, propiamente, de una cuestión de legitimación por ilicitud de prueba. Lo que ocurre es que las afirmaciones explícitas o implícitas en cuestión pueden tener explicación en una posición negociadora del interviniente, y no, necesariamente, en la verdad de los hechos.

### IV.8. Limitación ponderativa a la prueba rendida en audiencia

Mucho se ha dicho, en exposiciones anteriores a ésta, y nada nuevo voy a agregar, acerca de la oralidad e inmediación que introduce el CPP nuevo, de manera de alterar, completamente, el modo en que los jueces

sentenciadores captan y perciben los medios de prueba, para, a partir de esa experiencia de percepción fiable, reconstruir una realidad fáctica pretérita.

Hay, sin duda, un importante mérito en la novedad. En la operación práctica del Código de 1906, no en razón de las normas legales estrictamente, pero sí en virtud de la insuficiencia de medios humanos, el juez de la primera instancia pondera un acta de lo que se supone que dijo el imputado, de lo que se supone que dijeron los testigos, como lo escribió un actuario, etcétera, no quiero abundar en esto, por sabido de sobra, y también por doloroso. En cambio, en el JO, los magistrados captan y perciben directamente los medios de prueba, oyen a los testigos, a los peritos, al imputado si esté se allana, el modo en que lo dijeron, en fin.

Pues bien, en cautela de la eficacia de estos nuevos principios, el legislador se preocupa de cuidar estrictamente este modo de captación y percepción de la prueba, de manera que sólo él sea la base del establecimiento de los hechos, por medio de dos normas. En primer lugar, el art. 296 previene que "la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral". Y, en segundo lugar, el art. 340.2 establece imperativamente que "el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral". De modo que el legislador es estricto y reiterativo en este orden.

Pero el CPP diseña algunas excepciones, interesantes, a este principio, en los arts. 331 y 332:

- a) tratándose de la prueba anticipada de testigos y peritos, regulada por los arts. 191 y 280, recibida por el JG en audiencia de prueba formal, cuando no pudieren declarar en el juicio oral por obstáculo insalvable;
- b) tratándose de declaraciones de testigos o imputados que consten en registros, o de dictámenes de peritos, que todas las partes acordaren en incorporar, pero con aprobación de los jueces;
- c) cuando la incomparecencia de testigos, peritos o coimputados, fuere imputable al acusado;
- d) cuando se trate de declaraciones de coimputados rebeldes que hayan prestado declaración ante el JG; y
- e) una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, pueden leerse, durante el interrogatorio y con motivo de éste, partes de

sus declaraciones anteriores, para ayuda de memoria, para demostrar o superar contradicciones o para obtener aclaraciones; también al perito podrán leérsele partes de sus informes; se trata, aquí, de una excepción instrumental.

# IV.9. Inadmisibilidad del juicio fáctico de base de condena por sola confesión

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 98 del CPP, la declaración judicial del imputado, que éste puede prestar en cualquier etapa del procedimiento, esto es, tanto durante la fase de investigación, como durante la fase de juicio oral (art. 326), es un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere. Esta regla expresa, en principio, la idea que la declaración del imputado no es, en realidad, un medio de prueba, sino, únicamente, un medio de defensa frente a la atribución delictiva.

Empero, esto no es exactamente así en el CPP, porque el art. 340.3 dispone que "no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración", de lo que se colige llanamente que la confesión del imputado sí es medio de prueba, aunque no puede ser el único medio de acreditación que sustente la condena.

Ahora bien, la cuestión es resolver por qué vía puede prestarse la confesión.

Me parece completamente claro que la confesión que consta de la declaración que el imputado puede allanarse a prestar en el juicio oral (art.326) es un medio de prueba susceptible de apreciación en la sentencia definitiva.

En cuanto a la confesión que consta de la declaración del imputado, prestada ésta ante el JG durante la fase de investigación, con arreglo al art. 98, en la medida que no se ha rendido en el juicio oral, entiendo que, por regla general, no es un medio de prueba apreciable en la sentencia definitiva, precisamente en razón de las reglas precedentemente estudiadas, salvo el caso del art. 331 letra b), esto es, aquel caso en que todos los intervinientes acuerdan incorporar al juicio oral el registro en que constan. Entiendo que lo mismo puede decirse de la declaración que el imputado ha podido prestar ante la policía o ante el MP.

¿Cuáles son las diferencias con el antiguo sistema?

Como ustedes recordarán, con arreglo a los arts. 110, 111 y 481 del Código de 1906, la confesión del imputado no podía ser considerada como un medio de prueba eficaz para la acreditación del cuerpo del delito, siendo

Universidad del Desarrollo

eficaz sólo a efectos de participación, y, además, según la jurisprudencia mayoritaria, para lo que llamaban la interpretación del hecho punible. En cambio, en el sistema nuevo, no existe esta restricción, conforme al principio general de libertad de prueba que inspira al CPP, de modo que la confesión puede ser útil para la prueba del hecho punible y de sus circunstancias relevantes, además de a efectos de participación. La única restricción legal radica en que la confesión no puede ser el único medio de prueba que soporte la condena.

En cuanto al valor probatorio, la confesión tiene aquel que le asignen los sentenciadores con arreglo a las normas generales de apreciación que consagra el CPP, que ya veremos. A mí me parece que no hay mayor novedad en esto, porque, conforme al art. 481 del Código de 1906, la confesión podía ser un medio de prueba eficaz para la acreditación del hecho de la participación, en la medida que el juez, conforme a su propia ponderación, así lo estimare.

### IV.10. La apreciación de la prueba

En este orden, como lo explicó con bastante detalle el profesor Raúl Tavolari en este auditorium, un par de años atrás, la doctrina procesal ofrece un panorama bastante confuso, en que se mezclan las confusiones de conceptos y las confusiones terminológicas, resultando usual que estas últimas terminen constituyendo la causa de las primeras. Así, qué se entiende verdaderamente por un sistema legal o tasado, un sistema de libre convicción, un sistema de íntima convicción, un sistema de sana crítica o un sistema de apreciación en conciencia, termina constituyendo una incógnita doctrinaria profunda, como puede advertirse, además, en la propia jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores.

Por esta expresa razón, el legislador de la Reforma terminó optando por omitir la definición terminológica del sistema de apreciación probatoria que consagra, prefiriendo la expresión clara y precisa, en la ley procesal penal, de los criterios ponderativos y de las exigencias de la ponderación, decisión que, ante tan grande confusión, me parece muy feliz, muy adecuada.

Fíjense ustedes que, en este orden, en realidad, existen dos grandes opciones, y, entre ellas, una alternativa, la cual, a su vez, puede consistir en diversos grados. Me explico.

Una opción, independientemente del vocablo que utilicemos para la expresión, consiste en reservar el juicio de hecho a la intimidad de la con-

ciencia del juzgador de los hechos. Este capta y percibe los medios de prueba y luego, sobre esta base, establece unos hechos determinados. Por qué estableció esos hechos y no otros, es cuestión que queda reservada a la intimidad de su conciencia. Este sistema es propio de las culturas jurídicas que tienen gran confianza en la capacidad y rectitud de las personas juzgadoras, en lo que hay una cuestión que, más que de derecho, es cultural, es sociológica, es idiosincrática. Es éste el sistema del derecho norteamericano, pero que conoce algunas manifestaciones en la Europa continental, no sólo a través de algunos órganos jurisdiccionales de jurados, sino también, en general, en España, hasta la jurisprudencia moderna del Tribunal Constitucional.

Otra opción consiste en desconfiar absolutamente de la capacidad y rectitud de las personas integrantes de los órganos juzgadores, de modo que la asignación de valor probatorio resulta de la ley. Producido un medio determinado, con ciertas características y condiciones, se tendrá un determinado valor de acreditación. Es éste el sistema de prueba legal o tasado. Debo decir que no tenía este carácter el Código de 1906, pese a que majaderamente se insista en lo contrario. Y no conozco ningún sistema probatorio contemporáneo que lo admita.

Pues bien, entre esas dos opciones extremas, existe una amplia gama de alternativas intermedias, que consisten todas, en síntesis, en que se confía en la capacidad y rectitud de las personas juzgadoras, pero no tanto. Se confía en diversos grados y con distintas exigencias.

En efecto, se exige, a lo menos y en síntesis, la expresión en el fallo de un enjuiciamiento de hecho razonable. Es éste el sistema propio de la filosofía racionalista, en que no creemos, en el orden jurídico, en verdades reveladas, ni en las reveladas por ciertas personas, ni en las reveladas por la ley. Creemos sólo en un juicio de hecho razonable, que se sostenga a sí mismo, en virtud de ciertas argumentaciones lógicas.

Empero, dentro de esta alternativa, encontramos diversas clases de grados, que dependen, si bien se piensa, de las exigencias que se imponga por la ley al juicio de razonabilidad, que son unas formales y otras substantivas.

Los grados son muchísimos y varían de un ordenamiento a otro, de manera que la confusión comienza cuando intentamos poner nombres, como libre convicción, íntima convicción, persuasión racional, sana crítica, apreciación en conciencia, etcétera. Así, el legislador de la Reforma ha obrado con entera corrección al omitir la definición formal, limitándose a consignar las exigencias formales y substantivas que requiere imperativamente el juicio de razonabilidad de hecho de la sentencia.

Vamos, pues, a estudiar cuáles son estas exigencias, para, de este modo, precisar el entendimiento del nuevo sistema de apreciación de la prueba del CPP.

### IV.10.1. Primera exigencia formal

La primera cuestión formal es que el CPP exige, en el art. 297, que los jueces ponderen la totalidad de la prueba producida y susceptible de ser apreciada, agregando, explícitamente, que debe ponderarse incluso y también la prueba desestimada, indicándose las razones de la desestimación. El análisis de la prueba producida debe ser, entonces, completo.

Acerca de esta materia, la novedad no es mayor, porque la Corte Suprema ha recogido este mismo criterio muchas veces, en el Código de 1906, en pronunciamientos de casación de forma.

Empero, a mí me parece que el legislador de la Reforma ha obrado de buen modo al explicitar tan categóricamente la necesidad de un análisis completo de la prueba, porque, en la práctica, es frecuente que los jueces sentenciadores omitan el análisis de mínimo rigor de la totalidad de la prueba rendida, siendo tal defecto excusado por la casación de la Corte Suprema, que, también, varias veces, ha relativizado gravemente su doctrina jurisprudencial, debilitando el carácter garantista de nuestro ordenamiento jurídico procesal.

## IV.10.2. Segunda exigencia formal

La segunda cuestión formal es que el CPP exige, también en el art. 297, que la sentencia consigne cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, en una suerte de declaración de hechos probados, como es propio de otros sistemas jurídicos. Me parece que esta redacción es más feliz que la del N° 4º del art. 500 del Código de 1906, que aludía, en general, a los hechos de cargo y a los de descargo, lo cual ha admitido, en algunos casos, fallos relativamente vagos, sin que esto haya sido siempre censurado adecuadamente por la casación de la Corte Suprema.

## IV.10.3. Tercera exigencia formal.

La tercera cuestión formal es que el CPP exige, también en el art. 297, que

el juez debe señalar determinadamente cuáles son los específicos medios de prueba en virtud de los cuales ha tenido por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias precitadas. Me parece necesaria, aquí, una digresión breve.

La prueba del juicio penal consiste, en resumen, en pruebas directas, como la confesión, la testimonial, usualmente la documental, y la observación de ciertos elementos materiales, así como en pruebas indirectas, como la pericial y los indicios, que son, en realidad, razonamientos, unos de expertos en cierta ciencia, técnica o arte, y otros, de letrados.

La prueba es indirecta, porque el juez debe recurrir a un razonamiento para la captación del hecho, que no le llega directamente. Pero la prueba indirecta tiene siempre sostén en una prueba directa, toda vez que la cadena del razonamiento siempre debe tener un hecho por principio, acreditable con prueba directa.

Pues bien, todo esto debe quedar claro en el fallo, en que debe señalarse a través de qué medios de prueba se tiene por establecido un hecho determinado, y, en el caso de la prueba indirecta, a través de qué medio se ha acreditado el hecho de base de la inferencia.

# IV.10.4. Cuarta exigencia, formal y substantiva

La cuarta cuestión, también consignada en el art. 297, es formal y es substantiva.

En efecto, la ley exige que el enjuiciamiento de hecho razonable, que expresan los jueces del TJOP, explicando por qué a partir de un medio de prueba determinado debe concluirse en el establecimiento de un hecho también determinado, este juicio de razonabilidad, digo, "deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegue la sentencia". No hay mayores dudas acerca de qué significa esto, ni acerca de en qué principios se inspira.

Las expresiones legales significan que el razonamiento articulado por los jueces debe poder ser seguido, de principio a fin, sin lagunas racionales, esto es lo importante, sin lagunas racionales, por cualquiera persona lectora del fallo, por una persona dotada de entendimiento normal.

Esta norma se inspira, podríamos hablar latamente del tema, en las corrientes de la lógica argumentativa, que inspiran a las tendencias contemporáneas en la ciencia del derecho en general. No puedo extenderme en

ello. La lógica argumentativa tiene su cimiento en una base relativista, en cuanto da por admitido que al jurista le es imposible obtener y demostrar certeza acerca de la verdad pretérita. Eso no es posible y, por lo mismo, no puede ser exigido a la sentencia. Lo único que puede exigirse es que la decisión judicial se encuentre respaldada en un entendimiento racionalmente aceptable, entre los diversos entendimientos racionalmente aceptables que puedan concurrir en el caso concreto. No puede emitirse censura si el juicio no se comparte. Es el juez el que elige entre las alternativas aceptables, porque eso es todo lo que hay, alternativas de entendimiento aceptables, no existen las certezas absolutas.

Siendo esto así, lo que la ley quiere decir es que cualquiera persona de entendimiento normal, lectora del fallo, pueda seguir el razonamiento del juez y comprender por qué éste, a partir de tal medio de prueba, concluye en tal hecho. No se exige que todo lector concuerde en el entendimiento, basta con que sea un entendimiento aceptable, carente de lagunas racionales.

Entonces, esta exigencia de expresión de un juicio racionalmente aceptable tiene, a su vez, exigencias formales y substantivas.

Exigencias formales, en el sentido que el razonamiento debe expresarse en el fallo por medio de una proposición lingüística inteligible para el ciudadano medio.

Pero también las exigencias son substantivas, en el sentido que, precisamente, para que la fundamentación expresada carezca de lagunas racionales, es menester que los jueces, pese a obrar con libertad, sigan, como expresa el inciso primero del art. 297, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En lo que dice relación con los conocimientos científicamente afianzados, es poco lo que un abogado puede expresar, puesto que, precisamente, los métodos de análisis científico son desconocidos a los letrados, al menos a los letrados comunes, como quien esto expresa.

Al respecto, quisiera formular tan sólo algunos comentarios. Desde luego, cuando la ley habla de conocimiento científico, alude a una verdad experimentalmente demostrada y demostrable, en un campo en que las respuestas a las preguntas, para emplear el lenguaje de la informática, que está de moda, son binarias, son sí o no, y esta respuesta deriva de un análisis susceptible de comprobación cierta.

Seguidamente, cuando la ley agrega que tal conocimiento debe encontrarse afianzado, quiere decir una cosa y reconocer otra. Quiere decir que no basta con un dictamen pericial que se funde en un conocimiento científico relativamente nuevo, que no está afianzado en la comunidad científica. Y quiere reconocer, como es obvio, que las verdades científicas son también relativas, en el sentido que surgen ciertas tesis, que, andando el tiempo, se consolidan o no, y que, ulteriormente, pueden ser modificadas, matizadas, sustituidas. Dentro de esta relatividad, a efectos de nuestro sistema legal probatorio, importa el afianzamiento actual, a la época de la sentencia definitiva. Eso exigimos y con eso nos conformamos

También quiero expresar que el conocimiento científico, normalmente, arribará a la convicción judicial por medio de informes periciales. Es éste, en el Código de 1906, en mi opinión, el más peligroso de todos los medios de prueba. En efecto, los jueces están preparados para la crítica de la prueba testimonial, y les es posible, así, evitar los riesgos de mendacidad. Pero no lo están para la crítica de los informes periciales, que se expresan en documentos escritos. Así, la opinión del perito termina usualmente establecida en el fallo como una verdad de hecho, careciendo de suficientes obstáculos. Se encuentra aquí, en mi concepto, uno de los más notables avances de la Reforma, tanto en el sentido que los intervinientes pueden producir otros informes periciales susceptibles de ponderación judicial, como en cuanto los peritos deben concurrir al IO a exponer su informe y a responder a la interrogación crítica de los abogados, procedimiento que puede evidenciar, en su caso, tanto la carencia de preparación del perito, como la debilidad de los métodos de análisis y conclusiones que haya observado. Nada de esto era fácil en el sistema del Código de 1906.

En cuanto concierne a las máximas de experiencia, debe recordarse que se trata de un concepto formulado por primera vez por Stein, quien las define como "juicios hipotéticos, de contenido general, suministrados por la experiencia, los cuales, aunque ajenos al caso concreto, son deducidos de la observación de otros casos". No conozco, en Chile, desarrollos profundos acerca de las llamadas máximas de experiencia, que el CPP incorpora con fuerza tan rotunda entre nosotros, pero en otros sistemas, básicamente en el derecho europeo, el tema ha sido estudiado de modo acucioso.

Para otorgar alguna claridad acerca de esta materia, quiero partir de dos ejemplos de máximas de experiencia, que expresan sus dos categorías fundamentales en derecho probatorio.

El primero es el habitual de clase: "Si el imputado está físicamente hoy, a esta hora, en el Auditorium de la Universidad de Concepción, y ello es un hecho cierto, entonces no puede, en el mismo momento, estar en la Intendencia". Ergo, si alguien disparó hoy y a esta hora en la Intendencia, no fue, materialmente, el imputado, no fue uno de nosotros.

El segundo ejemplo lo extraigo de un caso real, ocurrido en España: "Si el imputado es un empresario aceitero, quien, durante el proceso de producción de aceite, realiza un procedimiento de extracción de la anilina, lo probable es que sepa que la anilina es un compuesto químico venenoso, porque lo probable es que la ejecución de la extracción obedezca a esa causa". Ergo, si no implementa un sistema de control de calidad de extracción de la anilina, y muere una persona, obra dolosa, o a al menos culposamente, en el homicidio.

Hay diferencias entre estas dos categorías de máximas de experiencia.

En efecto, puede demostrarse científicamente que si hoy estoy aquí, no puedo estar en otro lugar a la vez. Se trata de un conocimiento científico. ¿Cuál es la diferencia, entonces, entre el conocimiento científico y la máxima de experiencia? Lo que ocurre es que, en esta categoría, la máxima de experiencia es, en realidad, un conocimiento científico, pero difundido y ordinario, derivable de la experiencia humana del hombre común, en términos tales que no es menester recurrir a la comprobación científica. Por ello, Stein dice que esta máxima de experiencia constituye un juicio hipotético y no una tesis, porque el juez no recurre, para establecer el hecho, a los métodos científicos de comprobación probatoria, bastándole su propio conocimiento. Esa es la única razón, pero, en realidad, la base está en un conocimiento científico, aunque vulgarizado. En esta categoría, la máxima de experiencia es un conocimiento científico, por decirlo así, de segunda clase.

En cambio, en el segundo ejemplo, el juicio es hipotético, porque involucra una opinión de probabilidad, que se afirma decisivamente a partir de la experiencia de los jueces, sobre la base de otros casos, pero no se trata de un conocimiento científico afianzado, toda vez que el juicio no es necesariamente cierto, o, a lo menos, su verdad no es científicamente demostrable. Por eso es hipotético. Lo que quiero decir es que, en esta segunda categoría, la máxima de experiencia admite un grado de probabilidades de veracidad, es un juicio hipotético de fuerte probabilidad, que, sin embargo, los jueces pueden considerar que está dotado de suficiente fuerza probatoria.

Finalmente, en lo que hace a las reglas de la lógica, el legislador alude claramente a las leyes abstractas que presiden el entendimiento humano. Siempre se ha entendido, por cierto, que se trata de las reglas fundamentales de la lógica.

De este modo, el enjuiciamiento de hecho debe ser:

- a) congruente, en cuanto las afirmaciones, deducciones y conclusiones deben ser concordantes entre sí, de modo que, de una parte, no pueden tener lagunas, y, de otra, no pueden ser contradictorias; y
- b) inequívoco, en el sentido que el razonamiento no debe dejar lugar a dudas acerca de la razonabilidad de la conclusión; se insertan, aquí, los tradicionales principios de identidad, de contradicción y de tercero excluido.

Adicionalmente, el enjuiciamiento de hecho debe ser derivado, es decir, debe respetar la regla de razón suficiente, de modo que el razonamiento debe constituirse de inferencias razonables, establecidas cada una de ellas, en cadenas causales, a partir de otros hechos comprobados del mismo modo, hasta el punto en que el razonamiento parte de un principio; porque el principio no requiere de razón suficiente, en lógica.

Estas son, entonces, las exigencias substantivas de la posibilidad de reproducción del razonamiento que requiere el art. 297 para el enjuiciamiento de hecho.

#### IV.11. Convicción condenatoria

Por último, en cuanto al enjuiciamiento de hecho, el CPP recoge, en el art. 340, en términos similares al art. 456 bis del Código de 1906, la regla de convicción condenatoria, en el sentido que nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. Me gustaría, por cierto, extenderme en la doctrina de la duda razonable, así como en el análisis de la operación de las presunciones en el nuevo proceso penal, cuestiones, ambas, que revisten el máximo interés jurídico. El tiempo me lo impide.

# V. El enjuiciamiento jurídico de los hechos establecidos

Superada la etapa del establecimiento de los hechos, los magistrados deben abordar la etapa del enjuiciamiento jurídico de los hechos, materia en que tienen aplicación los principios propios de la Metodología de la Ciencia del Derecho, con las particularidades del Derecho Penal Substantivo.

¿Cuál es, entonces, la labor de razonamiento del juez en la sentencia definitiva?

En 1969, al TS de España le correspondió juzgar el caso de una joven que estaba penalmente acusada, sobre la base de una regla similar a nuestro art. 373 del CP, en razón de atribuírsele la conducta de haberse bañado en bikini en una concurrida playa de mar. La mujer quedó condenada por el delito de ultraje al pudor y a las buenas costumbres. Algo similar ocurrió en Chile, en el año 1972, en una playa nortina, con motivo de una dama que, urbi et orbi, evidenciaba su amor por un varón. Recurro a aquel ejemplo, porque en la próxima exposición, que tratará del recurso de nulidad, aludiré a él.

Pues bien, los jueces siguieron la clásica dinámica silogística.

Primero, por medio de actividades de percepción y experiencia, esto es, de mecanismos de prueba, establecieron el hecho que la joven, un día y hora determinados, vestida en bikini, se exhibió, en una playa de mar, concurrida por terceros. Se trata del enjuiciamiento del hecho al que ya nos hemos referido.

Segundo, definieron que este hecho establecido presentaba todas las singularidades subordinables en los conceptos distintivos o elementos típicos predefinidos en la regla legal que establecía, en España, el delito de ultraje al pudor y a las buenas costumbres, regla legal que, previamente, interpretaron con cierto sentido y alcance. Se trata del enjuiciamiento jurídico del hecho.

Tercero y en conclusión del silogismo, como la norma legal de base es, para el juez, norma de decisión, la joven debía recibir la sanción penal dispuesta por aquélla, que era privativa de libertad. Se tiene aquí la conclusión del enjuiciamiento jurídico del hecho, que forma parte de ésta.

Fíjense ustedes que, en cuanto al enjuiciamiento jurídico del hecho establecido, la ley procesal, en general, fija sólo dos reglas.

En primer lugar, en cuanto al abordaje posible de la calificación jurídica, ustedes saben que, entre nosotros, se ha dicho frecuentemente que la congruencia entre la acusación y la sentencia se limita al plano de los hechos, de modo que el juez, en principio, bien podría efectuar, en el fallo, una calificación jurídica distinta de la atribuida en la acusación. Así lo decía la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores, sobre la base del Código de 1906.

Algunas sentencias recientes, recogiendo tardíamente tendencias del derecho europeo, han concluido en que ello es así en la medida que el imputado haya tenido posibilidad de defenderse de esa nueva calificación jurídica, por ser ella avizorable a partir de los hechos contenidos en la acusación, y en la medida, también, que la sanción penal resulte equivalente o inferior. En cualquier caso, es materia que no está nada de clara en Chile. Pues bien, el CPP se hace cargo de este problema, en el art. 341, estableciendo, como regla general, que "la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación", acotación normativa que incluye tanto la cuestión de hecho, como la cuestión de calificación jurídica. Tal es la regla general.

Empero, los incisos siguientes salvan el problema y establecen que los jueces pueden otorgar a los hechos una calificación jurídica distinta de la contenida en la acusación, o apreciar la concurrencia de circunstancias agravantes de responsabilidad no contenidas en ella, con tal que, durante, la audiencia, hubieren advertido a los intervinientes, de modo que éstos hayan podido debatir al respecto. De modo que, conforme a esta norma, la calificación jurídica puede ser diversa de la de la acusación, y, desde luego, puede ser más grave. No es un rasgo propio del sistema acusatorio, pero así es en nuestro CPP, algo híbrido en el orden de los principios.

Mas si uno o más de los jueces, durante la deliberación, esto es, ya cerrado el debate, advierten la posibilidad de una calificación jurídica distinta de la que es objeto de la acusación, que no ha sido debatida, entonces deberán, imperativamente, reabrir la audiencia, para que pueda debatirse a su respecto. Tengan en cuenta que esto no puede hacerse respecto de circunstancias agravantes. Cerrado el debate, no pueden ya considerarse circunstancias agravantes que no hayan sido objeto de la acusación o de advertencia en audiencia.

En segundo lugar, la ley prescribe, en la letra d) del art. 342, que la sentencia definitiva debe contener "las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y circunstancias y para fundar su fallo", mejorando la redacción que contenía el art. 500 del Código de 1906.

### VI. Generación de la sentencia definitiva

### VI.1. Art. 339: Deliberación privada de los jueces

Con arreglo al art. 339, una vez que se ha declarado cerrado el debate del juicio oral, conforme a lo dispuesto en el art. 338.3, pero siempre durante la audiencia de JO, los jueces pasarán a deliberar privadamente acerca del contenido de la sentencia definitiva, que es lo mismo que decir acerca del enjuiciamiento de hecho, del enjuiciamiento jurídico del hecho y de la aplicación de la consecuencia jurídica que corresponda a dicho enjuiciamiento jurídico, esto es, la condena o la absolución.

En cuanto a la definición de las decisiones, conforme al art. 19 del COT, deben observarse las normas de los acuerdos en las Cortes de Apelaciones, con algunas particularidades: a) sólo pueden participar en la deliberación y fallo los jueces que hubieren asistido a la totalidad del juicio oral; b) la decisión debe ser adoptada por la mayoría de los miembros de la sala; y, c) en caso de dispersión de votos, el juez que sostuviere la opinión más desfavorable al imputado debe optar por alguna de las otras, y, si hubiere desacuerdo acerca de cuál es la opinión más desfavorable, prevalecerá la opinión que cuente con el voto del presidente de la sala.

Debe dejarse constancia de la eventualidad de reapertura del debate de la audiencia (art. 341), en evento de posibilidad de cambio de calificación jurídica, la que puede surgir a propósito de la deliberación, como ya dijimos.

Conforme al art. 343, apenas concluida la deliberación privada, la sentencia definitiva debe ser pronunciada en la audiencia respectiva, comunicándose la decisión relativa a la absolución o condena del acusado, por cada uno de los delitos imputados, indicándose los fundamentos principales tomados en consideración para arribar a las conclusiones decisivas respectivas.

Sólo en el evento que la audiencia del JO se haya prolongado por más de dos días y la complejidad del caso impida pronunciar la decisión inmediatamente, conforme al propio art. 343, el tribunal puede prolongar su deliberación privada por veinticuatro horas, comunicándolo a los intervinientes y fijando, de inmediato, la oportunidad en que dará a conocer la decisión.

En lo que dice relación con las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, que, conforme a su específica naturaleza, sean inherentes al hecho punible, es decir, que tengan que ver con sus modalidades, se

aplican las mismas reglas precedentemente analizadas para los efectos de la decisión básica o fundamental de la sentencia. La cuestión de la concurrencia o inconcurrencia de las demás circunstancias modificatorias puede reservarse para el momento de determinación de la pena.

### VI.2. Art. 344: Redacción del fallo

Conforme a esta regla, los jueces pueden, a la vez que comunicar la decisión básica, determinar pena en su caso, redactar el fallo y leerlo de inmediato. Pero también pueden diferir la determinación de pena y la redacción, hasta por cinco días, fijando la fecha en que tendrá lugar la lectura del fallo. Si esto no ocurre, debe fijarse nueva audiencia, para realizarse dentro de siete días de la comunicación primitiva, bajo sanción de nulidad del JO.

### VI.3. Art. 345: Determinación de pena y cumplimiento

Dentro de los plazos de redacción, los jueces tienen la facultad discrecional de citar a los intervinientes a una audiencia, para deliberar acerca de los factores que tengan relación con la determinación de la pena y con las modalidades de cumplimiento, por ejemplo, a través de medidas alternativas. Esta audiencia, en su caso, no suspende el plazo de redacción.

# VI.4. Art. 346: Audiencia de lectura de sentencia y notificación

Una vez redactada la sentencia, se la dará a conocer a los intervinientes y al público en general, en la llamada audiencia de lectura de sentencia, en la que ésta se entenderá notificada, tanto a asistentes como a inasistentes.

# VII. Contenido substantivo de la decisión penal

# VII.1. Las excepciones de previo y especial pronunciamiento

Debe recordarse que, con arreglo al art. 263, hasta la víspera de la APJO, por escrito, o al inicio de ésta, oralmente, el acusado puede deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento, admitiéndose, en ese carácter: a) la incompetencia del JG; b) la litis pendencia; c) la cosa juzgada; d) la falta de autorización para proceder criminalmente; y e) la extinción de responsabilidad penal. Luego, conforme al art. 271, por regla general, estas excepciones deben ser debatidas y falladas por el JG en la APJO, en resolución que es apelable.

Sin embargo, hay dos casos en que estas excepciones pueden ser debatidas en el juicio oral, y, por ende, falladas en la sentencia definitiva que estamos analizando:

- a) conforme al art. 265, el acusado puede abstenerse de plantear las excepciones de cosa juzgada y extinción de responsabilidad penal para discusión en la APJO, en cuyo caso puede más tarde plantearlas en el juicio oral; y,
- b) tratándose de las mismas excepciones de cosa juzgada y de extinción de la responsabilidad penal, el juez puede acoger una o más de ellas y decretar el sobreseimiento definitivo, en la medida que los antecedentes de la investigación sean suficientes para justificar esa decisión; en todo caso contrario, el JG debe reservar el asunto para el debate del juicio oral, mediante resolución que es inapelable.

### VII.2. Decisión penal

Obviamente, la decisión penal básica es la de absolución o condena de cada acusado, por cada delito imputado en la acusación.

En evento de sentencia condenatoria, surgen las decisiones de determinación de pena, medidas alternativas al cumplimiento de la pena, fijación de tiempo efectivo y abono, comiso o restitución de instrumentos o efectos de delito, y reconstitución, cancelación o modificación de documentos declarados falsos.

#### VII.3. Costas

Finalmente, conforme a los arts. 341 letra f) y 45, la sentencia definitiva debe contener el pronunciamiento sobre costas procesales y personales, con arreglo a las normas del Párrafo 7º del Título II del Libro I.

