

Nº 186
AÑO LVII
JULIO - DICIEMBRE
1989

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 18.857 EN MATERIA DE PRUEBA AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

ENRIQUE TAPIA WITTING
Prof. de Derecho Procesal
Universidad Católica

Para los efectos de la exposición y procurando no mantenernos en un esquema puramente exegético, nos ha parecido conveniente dividir la materia en los puntos que van desde la prueba en general hasta abordar algunos medios de ella en particular.

1) *Prueba*. Según su acepción lógica, es demostrar la verdad de una proposición. Para los procesalistas civiles, es "un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio" y que se encuentran controvertidos, debemos agregar. Se marca el acento en la demostración, que corresponde a las partes para lograr el convencimiento del juez sobre la verdad de los hechos objeto del proceso. Por tanto, para los civilistas, la prueba no consiste propiamente en "averiguar" por el juez, el que es esencialmente pasivo. Sin embargo, en materia penal la prueba, más que demostrar, es averiguar, y averiguar todos los hechos y sin duda llegar a formar la convicción del juez. La definición de las Siete Partidas (Partida III. Título XIV Ley I) no está lejos de estas ideas cuando dice que ella "consiste en el averiguamiento que se hace juicio de alguna cosa que es dudosa": entendiéndose por dudoso, en el proceso penal, todos los hechos.

Es la *verdad material* la que se busca en este procedimiento inquisitivo y ella sólo se logrará a través de la reconstitución histórica de los hechos, como se ha dicho por los doctrinadores. No basta en el proceso penal una verdad formal que sólo puede aceptarse dentro del juicio civil. Valores como la vida o la libertad, tan íntimamente ligados al proceso penal, no pueden verse satisfechos con sólo una verdad formal.

El juez debe, primordialmente y por propia iniciativa, traer al presente los hechos ocurridos en el pasado. Es esto lo que los artículos 109, 112, 113, 116, etc., para la primera instancia y el 63 para la segunda del Código de Procedimiento Penal, quieren.

CARGA DE LA PRUEBA

Ella consiste en la consecuencia gravosa de la omisión de una conducta procesal facultativa por parte de un sujeto. En nuestro sistema procesal penal no cabe hablar propiamente de carga de la prueba. En efecto, aquella consecuencia gravosa no es posible aplicarla al juzgador, al inquisidor, tanto porque la averiguación para él no es una conducta facultativa sino que un deber; como, porque la consecuencia gravosa no se aviene

con su posición en el proceso. Cosa distinta son las cuestiones civiles que se pueden ventilar en este procedimiento, como veremos oportunamente.

TIEMPO PROCESAL DE LA VALORACION

Es también necesario, en estos aspectos generales, dejar constancia que la valoración del medio de prueba, en cuanto mira a los aspectos de fondo, establecimiento del hecho punible y de la participación que en él ha cabido a determinadas personas, no se realiza solo, como ocurre en materia civil al pronunciarse la sentencia definitiva, sino que ella se efectúa en diversas etapas del proceso y que van de la detención, basta para ello recordar lo que dispone el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, pasando por el auto de procesamiento, en que el artículo 274 claramente exige al juez realizar una apreciación de los elementos de prueba, hasta llegar a la sentencia definitiva.

Es por ello por lo que el artículo 113 bis, refiriéndose a pruebas como películas cinematográficas, fotografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, presentado por las partes, en su inciso 2° señala: "La admisión como prueba de los elementos de juicio a que se refiere este artículo se decretará con citación... pero en el *sumario* podrán tenerse en consideración aunque esté pendiente el plazo de citación o cualquiera objeción sobre ellas".

MEDIOS DE PRUEBA

En cuanto a los medios de prueba que se pueden hacer valer en el proceso penal, el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal señala lo siguiente:

"Los medios por los cuales se acreditan los hechos en el juicio criminal son:

- 1°) Los testigos
- 2°) El informe de peritos
- 3°) La inspección personal del juez
- 4°) Los instrumentos públicos y privados
- 5°) La confesión; y
- 6°) Las presunciones o indicios.

Acorde con esta numeración el artículo 110 dice que el delito se comprueba con el examen practicado por el juez auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración y de las huellas, rastros y señales que haya dejado el hecho; con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó; con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia" y el artículo 111 del Código de Procedimiento Penal que dice que el delincuente puede ser determinado por uno o más de los medios expresados en el artículo que precede, y además por la confesión de él mismo, acorde con los datos que comprueban el hecho punible".

Ambas disposiciones concordaban perfectamente con lo que señalaba el artículo 108 del mismo Código en que se decía que el cuerpo del delito, o sea el hecho punible, es el fundamento de todo juicio criminal; y su comprobación, por *los medios que determina la ley*, es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario:

Indudablemente existía, de acuerdo a las disposiciones transcritas, una señalización

taxativa de los medios probatorios que se podían usar en el proceso penal. Es, como dicen los tratadistas, un "numerus clausus" que no admitía otro medio de prueba".

La reforma ha cambiado esta situación. En efecto, el artículo 108 sustituyó la expresión "por los medios que determina la ley" por "*los medios que admite la ley*", lo cual, como se dijo en la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Penal "es concordante con la apertura a nuevos elementos tecnológicos susceptibles de facilitar la prueba en el proceso penal".

Así es como siguiendo esta idea el artículo 113 bis abre el actual régimen probatorio a nuevas formas de probar. Se aceptan de este modo modernos métodos de revivir el pasado como una película cinematográfica por ejemplo (recordemos al efecto películas que nos hacen evocar el pasado, y como memorar es revivir el pasado, se trata precisamente, como debe hacerse en todo proceso penal, de hacerlo actual para juzgarlo).

La nueva ley, entonces, aportando a la función jurisdiccional elementos que pueden contribuir a su agilización, abre, en el sumario, el número de elementos "*a cualquier medio apto para producir fe*", como se dice en el artículo 113 bis. De igual manera, el artículo 116, en los casos en que el delito no hubiere dejado huellas, en que el juez, de acuerdo a la antigua norma, estaba constreñido a la sola prueba testifical, le admite "constar por cualquier medio de prueba el hecho de haber sido cometido, con las circunstancias que sirvan para graduar la pena y, acreditará, del mismo modo, la preexistencia de la cosa cuya sustracción fuere materia del sumario".

La importancia práctica de esta norma es grande, especialmente, si se considera su última parte, en que permite que se acredite la preexistencia de la cosa cuya sustracción fuere materia del sumario, por cualquier medio. Dada la frecuencia de estos delitos —hurtos, robos— podrán el juez y el ofendido prescindir de la rutinaria información sumaria de testigos y aceptar plenamente una más real, como una factura por ejemplo.

En todo caso, y no pudiendo sino que reconocerse en este aspecto la importancia de la testifical, debe recalcar que el actual artículo 146 en su inciso 3° excluye de motivos de inhabilidad, fundados en los vínculos correspondientes a los dichos del cónyuge, los parientes o los empleados del personal del servicio de la víctima, quienes normalmente son los únicos a quienes les consta tal preexistencia. Hoy no pueden ser tachados por esa causal.

VALORACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

La nueva ley no altera el sistema de valoración de los elementos probatorios.

La norma básica, al efecto, contenida en el artículo 456, ahora bis, del Código de Procedimiento Penal, no ha sido modificada.

No se aceptó, como se dijo en las actas de la Comisión antes aludida, como sistema general, el de la sana crítica. Sin embargo, el ordenamiento vigente se ha mejorado, apoyándose especialmente en los avances del progreso científico y tecnológico.

El sistema de la prueba legal, seguido por el Código, del que se ha llegado a decir que produce un debilitamiento de la responsabilidad del juez en el acto de valorar, porque la desvía de la verdadera convicción hacia la ley que *ordena* tal convicción, es un supuesto errado, que significa tener al juzgador por un mero aplicador de la ley y lleva al absurdo de que le basta constatarla para cometer, en su nombre, una injusticia y sustraerse de toda responsabilidad moral.

En nuestro sistema, como se dice en el Mensaje del Código de Procedimiento Penal, tal crítica carece de toda validez puesto que, desde su nacimiento, ha sido una base ge-

neral y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es indispensable para condenar. De tal suerte que si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualquiera que sean los antecedentes que arroje el proceso en contra del reo. Así lo ordena el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, en lo que dice relación con la *apreciación particular del algunos medios de prueba*, detengámonos brevemente en lo que dice el artículo 113 bis en su inciso 1°: "Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. Estos medios *podrán servir de base a presunciones e indicios*". Como se aprecia, estos elementos tienen un valor particular. Sobre esta materia insistiremos más adelante.

b) No se altera la situación de las informaciones que proporciona la policía sobre hechos en que haya intervenido, que se relaten en las comunicaciones o partes que se envían a los tribunales, pues el artículo 110 inciso 2° mantiene la normativa vigente. Sin embargo, es útil recordar las facultades que la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile o Gendarmería tienen en materia de investigación, según indica el artículo 120 bis del Código de Procedimiento Penal. Estas facultades, si bien en el hecho existían, no habían sido legalmente señaladas, omisión que se salva por la Ley 18.857.

c) En lo que dice relación con el cambio que se produce en el artículo 481 inciso 1° en que se sustituyó la frase "la confesión del reo comprobará", por la oración "*la confesión podrá comprobar su participación*" sólo, como se reconoció en la Comisión Conjunta, a la que se ha hecho referencia, es más aparente que real. En efecto, la expresión imperativa, "comprobará" de la antigua ley, siempre ha tenido su límite en la convicción personal que, como ya se ha dicho, consagra el artículo 456, hoy bis del Código de Procedimiento Penal.

PROPOSICION DE LA PRUEBA

Veamos, y antes de entrar al estudio particular de las modificaciones relacionadas con cada medio de prueba en particular, la primera de las etapas de la prueba, esto es, su ofrecimiento. Indudablemente nos estamos refiriendo al elemento probatorio que suministran o desean suministrar las partes y no al de iniciativa oficiosa. El estudio lo comenzaremos con el sumario, para pasar enseguida al plenario, donde ella se da más propiamente.

EN EL SUMARIO

Sin duda el más elemental derecho de defensa consiste en poder aportar al proceso medios probatorios, por ende, no cabe duda de que el reo puede ofrecer a lo largo de todo el sumario los que estime pertinentes.

Tanto es así, que el artículo 67 permite expresamente al simple inculcado en su número 2 "presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos que se le imputen" y que constituye más o menos una reproducción de la norma contenida en el artículo 329.

Por la misma razón, tampoco puede vacilarse en que igual derecho cabe a las demás partes en el proceso penal.

No necesitan proposición u ofrecimiento previo las informaciones sumarias que se

desean rendir para acreditar, por ejemplo, una conducta sin reproche. Ello está, sin duda, acorde con lo que el artículo 818 del Código de Procedimiento Civil dispone para este tipo de pruebas.

Ahora bien, y siempre en el sumario, el artículo 113 bis al referirse a la prueba como películas cinematográficas, fotografías, fonografías, etc., en cuanto pueden ser de iniciativa de cualquiera de las partes, y en lo que por ahora nos interesa, en su inciso 2º al que ya y para otros efectos hemos tenido oportunidad de mencionar, dice literalmente: "La admisión como prueba de los elementos de juicio a que se refiere este artículo se decretará *con citación*, cuando fuere ofrecida por alguna de las partes; pero en el sumario podrán tenerse en consideración..."

Tal norma es incuestionablemente de gran relevancia, puesto que rompe, aunque parcialmente, el secreto del sumario. En efecto, en razón de la citación estas pruebas ofrecidas por alguna de las partes jamás podrán ser secretas, ya que evidentemente debe dársele a conocer a las demás partes para su posible objeción.

Lo mismo sucede con los documentos, pues los públicos (artículo 184 de Código de Procedimiento Penal) también deben ser acompañados siempre con citación y ser puestos, por ende, en conocimiento de la otra parte. Los privados (artículo 187 del Código de Procedimiento Penal) deben ser reconocidos por las personas que los han escrito o firmado y, por tanto, si emanan de alguna parte para que tengan valor, ella deberá reconocerlos, lo que importa tomar conocimiento de los mismos. En todo caso, las normas referentes a los documentos no han alterado la situación preexistente.

Las demás disposiciones relativas a la materia que ahora nos ocupa o han mantenido sin alterar la antigua ley o son de fácil comprensión, lo que nos evita un comentario al respecto.

Sin embargo, y antes de pasar al plenario es útil recordar lo que el artículo 401 señala en relación con la proposición y ofrecimiento de prueba. Cerrado el sumario las partes tendrán el plazo común de cinco días para pedir que se deje sin efecto esta resolución y se practiquen las diligencias que se consideren omitidas, las que se deberán mencionar concretamente. Desde luego, desaparecer la apelación de la resolución que cierra el sumario y da a las partes la última oportunidad antes de pasar al plenario, para reclamar la práctica de alguna prueba. Al tener la necesidad de indicar precisamente cuáles son las omisiones, facilita al juez resolver al respecto, lo que redundará en una mayor agilidad del proceso.

EN EL PLENARIO

El artículo 429 dispone que "en sus escritos de adhesión de acusación y de demanda civil, el querellante y el actor civil *deberán expresar los medios probatorios* de que intenta valerse, o si se atienen al mérito del sumario renunciando a la prueba y al derecho de pedir que se ratifiquen los testigos. Si ofrecen rendir *prueba de testigos* presentarán una lista, individualizándolos con nombres, apellidos, profesión y domicilio o residencia y una minuta de interrogatorio". La falta de minuta no tiene una sanción expresamente señalada en la ley. Sin embargo, pensamos que su omisión trae consigo la imposibilidad de interrogar al testigo, pues no se sabe sobre qué hechos podría hacerse. Distinta es la situación en el proceso civil en que los hechos están normalmente señalados en la resolución que recibe la causa o prueba.

"En los mismos escritos deberán individualizar, de igual modo, al *perito o a los peritos* que propongan para los efectos del artículo 471, indicando, además, sus títulos o calidades".

Con la derogación del inciso 2° del artículo 458, es posible traer al plenario testigos para aseverar hechos contradictorios con los que ya habían declarado. Esta norma nos parece peligrosa, pues se puede inducir al testigo a cometer un delito, pero se justifica si se busca la verdad material aunque su costo sea alto.

Por su parte y ahora refiriéndose la ley al acusado y al responsable civil, el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal señala que ellos "manifestarán en su escrito de contestación, cuáles son los medios probatorios de que intentan valerse, y presentarán listas de testigos que hubieren de declarar a su instancia".

"En dichas listas se expresarán el nombre y apellidos de los testigos, pero ahora —apartándose la ley de lo que había dicho para el querellante y autor civil— permite individualizarlos por su apodo, si por él son conocidos".

Pero no sólo esta diferencia se marca respecto de las partes, puesto que al acusado y responsable civil les permite, además, lo que no sucede en relación a las otras partes del proceso, manifestar si se encarga de hacerlo comparecer o si pide que sean citados judicialmente.

Reo y responsable civil, también de acuerdo a la norma que se viene analizando, deberán en los mismos escritos, proponer el perito o los peritos. Al igual que en la prueba testifical, se marca otra vez una diferencia entre estas partes y el querellante y demandante civil. En efecto, aquéllos pueden pedir que el informe pericial sea dado por escrito o en forma oral y, en el último caso, si deberán ser citados o lo harán comparecer. Estos derechos no le asisten a las últimas partes. Se comprenden estas diferencias, pues ellas tienden a facilitar la defensa, derecho que se remarca por la reforma.

Completando las normas señaladas, el artículo 471, respecto de la *prueba pericial* distingue dos situaciones: si se ha o no presentado informe pericial durante el sumario.

a) En el primer caso las partes pueden pedir que el perito *amplíe* su informe con el solo objeto de aclarar o desvanecer dudas, o subsanar errores de que pueda adolecer, los que deberán ser señalados determinadamente.

Pueden *pedir también un nuevo informe* al que el juez deberá acceder, si la ley exige una pericia para el caso dado y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia importante, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio. Si no se dan estas situaciones, el juez no puede dar lugar a un nuevo informe.

b) Si por el contrario en el sumario no se hubiere practicado examen pericial, y alguna de las partes lo pide, el juez lo ordenará cuando lo estime conducente. En otros términos, se deberá dar lugar a él siempre que se den las circunstancias señaladas precedentemente para acceder a un nuevo informe.

En relación con la *confesión* o simplemente con las declaraciones que haya formulado en el proceso el *acusado*, si alguna de las partes lo pide, deberá concurrir a una o más audiencias determinadas, para ser *interrogado* sobre lo que haya manifestado en el sumario o sobre las declaraciones que hayan formulado los comparecientes en las audiencias del plenario. La diligencia podrá pedirse hasta dentro del plazo indicado en el artículo 499. Así lo dice el artículo 486 bis.

En relación a las demás partes, éstas pueden ser llamadas en el plenario a *absolver posiciones*, tanto en relación a los puntos sobre los hechos objeto de la acusación y defensa, como los comprendidos en la acción civil. Para ello se acompañará un sobre cerrado conteniendo las preguntas, el que se abrirá en la audiencia. En lo demás, la confesión provocada, atinente a la acción civil, la trataremos al hablar de la prueba de la acción civil.

Conforme a la antigua norma del artículo 449, el reo podía *renunciar* a la práctica de

diligencias del juicio plenario y el juez debía acceder siempre que el Ministerio Público o el querellante particular no se opusieren, alegando que tienen *prueba de testigos* que producir durante el plenario. La Ley 18.857 permite ahora oponerse a la petición de renuncia del acusado cualquiera que sea la prueba que tienen para producir, ya no se las limita a la sola testimonial.

PRODUCCION DE LA PRUEBA

Es necesario recalcar como premisa en esta materia que la prueba está dirigida al juez para formar su convencimiento y es a él a quien le corresponde en forma exclusiva y excluyente su recepción.

Sin embargo, hoy día se contempla en forma *excepcional su posibilidad de delegar* en el secretario determinadas funciones probatorias, pero no otras. Así ocurre en los artículos 117, 159 y 172. Salirse de este marco importa no cumplir con los deberes funcionarios.

Luego de esta idea preliminar, distingamos la producción de la prueba en el sumario y en el plenario.

a) *En el sumario.* No hay mayores formalidades y puede llevarse a efecto en cualquier momento sin necesidad de fijación previa de día y hora, salvo en ciertas situaciones especiales, como en el allanamiento (arts. 158, 159, etc.), inspección personal (art. 120). En todo caso, la diligencia, conforme a los artículos 118 y 119 deberán ser leídas a las personas que deban suscribirlas y si alguna observa alguna inexactitud se toma nota y si se niega a firmar, se expresará la razón y el acta respectiva se extenderá sin abreviaturas, raspaduras, etc.

b) *En el plenario.* Al recibirse la causa a prueba el juez debe fijar una o más audiencias y la hora (art. 454) dentro del probatorio para recibir las declaraciones de las partes, de testigos o de peritos. La recepción de la prueba continuará en las audiencias consecutivas que fueren necesarias y hasta su término, como lo indica el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal.

Creemos, que salvo que se pida en los respectivos escritos de adhesión a la acusación, de acción civil o de contestación a una otra, en forma específica tanto la declaración del acusado, que se ha indicado, como la absolución de posiciones, que la ley no exige impetrarlas en esos escritos, salvo genéricamente, no habrá lugar a fijar en esta resolución que recibe la causa a prueba, audiencia para la declaración de las partes.

Para que las partes concurran a la audiencia pertinente deberán ser notificadas con un día de anticipación a lo menos, en los casos que las pruebas deben recibirse fuera del asiento del tribunal, las órdenes o exhortos serán librados dentro de 24 horas, a más tardar.

La comunicación de la resolución que recibe la causa a prueba y en que se señalan las audiencias de testigos y en su caso de peritos, deberá ser practicada por cédula o por el estado diario, como sanción, cuando así fuere pertinente.

Si la o las audiencias se fijan en una resolución diversa, bastará, salvo que se refieran a la absolución de posiciones -respecto del absolvente o a la declaración del acusado- notificarlas por el estado diario de secretaría.

ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES EN RELACION CON LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

1°. Documentos

a) En segunda instancia: En las apelaciones incidentales sólo se admitirá nueva prueba documental siempre que sea agregada antes de la vista de la causa (artículo 63 bis del Código de Procedimiento Penal).

Acordémonos que si se trata de la apelación de la sentencia definitiva el artículo 515, que no ha sido alterado, únicamente permite agregar documentos antes del decreto de autos, siempre que quien lo presenta no hubiere tenido conocimiento de ellos o que no hubiere podido proporcionárselos hasta entonces, jurando que así es la verdad. Pensamos que esta norma, que se ha mantenido, no se aviene con la verdad material que se busca esencialmente.

b) Se establece un procedimiento para lograr la validez en un proceso de un documento público, que hace innecesario el cotejo (art. 184 N° 1), único método establecido en la legislación anterior para ese fin, y que consiste en el reconocimiento por el funcionario autorizante de los originales o de los que carecen de matriz.

c) El cotejo se hace ahora por el juez o por el secretario de la causa cuando el primero lo ordene (art. 185 del C.P.P.); antes se podía hacer, además, por dos ministros de fe o por el funcionario que hubiere autorizado la copia.

Creemos que en referencia a este medio probatorio los cambios indicados, sin ser los únicos, son los más relevantes.

2°. Informes de peritos

Son muy numerosas las modificaciones que la Ley 18.857 introdujo en relación con este medio probatorio. Desde luego, y sólo refiriéndonos a las que en nuestro concepto son las gravitantes, podemos señalar las siguientes:

a) *En cuanto a quién debe encargar el juez la pericia*, se establece por la ley una verdadera prelación y así tenemos que se privilegia en las designaciones a los servicios o empresas fiscales, semifiscales, de administración autónoma o municipales que tengan idoneidad para practicarlos, por sobre los peritos que figuran en las listas a que nos referimos. Se altera, así, la situación anterior y primordialmente respecto de aquellas comunas o agrupación de ellas en que no existían tales servicios.

En caso de autopsias u otros exámenes médicos, el juez debe designar al legista correspondiente y sólo si existen razones que aconsejen designar uno diverso, lo que expondrá en un auto motivado, puede hacerlo; no existe, entonces, libertad de elección.

b) *Lista de peritos*. Se ha cambiado la forma de confeccionar las listas que mantenían las Cortes de Apelaciones. En efecto, tales tribunales deben determinar cada dos años el número de peritos que en su concepto deben figurar en cada especialidad, luego confeccionar una lista que deberán enviar en el mes de octubre del final del bienio a la Corte Suprema la que, en definitiva, es quien confeccionará la nómina, pudiendo agregar y suprimir nombres, sin expresión de causa.

Estas listas definitivas serán publicadas en el Diario Oficial en la primera quincena de enero y rigen por dos años.

Se entenderá que pertenecen de pleno derecho a las nóminas los institutos científicos de las universidades, las personas que los integran y las que profesan docencia universita-

ria, aunque no figuren en ella.

c) *Perito adjunto*. Las partes pueden designar un perito adjunto, salvo que en concepto del juez su intervención pudiese perjudicar el éxito de la investigación. En el ple-nario, por tanto, el juez no puede oponerse a tal designación de las partes.

Esta disposición (artículo 224 del Código de Procedimiento Penal) permite nombrar un solo perito por los querellantes y otro por las demás partes en el juicio y sólo por moti-vos calificados el juez puede permitir la designación de otro. Nos parece que esta dispo-sición no se compadece con la realidad del proceso penal, puesto que está obligando a partes absolutamente opuestas como, por ejemplo, al actor civil y al demandado civil, a buscar un acuerdo para nominar al perito.

d) *Juramento o promesa*. En lo que dice relación con el juramento que exigía el Có-digo, hoy día puede ser reemplazado por una Promesa de Buen Desempeño (art. 236 C.P.P.).

e) *Plazo para informar*. El plazo para informar que era de dos días, hoy, un poco más acorde con la realidad, sube a 5.

f) *Honorarios*. Resulta de indudable interés para el perito, el que hoy día para cobrar los honorarios correspondientes al Fisco, se han simplificado los trámites. En efecto, ya no necesita recurrir a los servicios de abogados, puesto que el artículo 245 del Código de Procedimiento Penal no exige, o mejor elimina en el procedimiento correspondiente la necesidad de la designación de patrocinante y de procurador judicial. La consulta, por otra parte, sólo tiene lugar si se fijan honorarios superiores a 10 unidades tributarias mensuales y tanto la consulta como la apelación, en su caso, se ven en cuenta, salvo que se autorice alegato.

3°. Testigos

a) El artículo 195 del Código de Procedimiento Penal amplía los medios para obtener la citación del testigo, puesto que, además de cualquier ministro de fe puede practicarla un empleado del tribunal comisionado para ello. Antes, en relación al empleado del tri-bunal, sólo podía comisionarse al portero, lenguaje que ni siquiera concordaba con la nomenclatura del Código Orgánico de Tribunales. Se altera, también, la antigua dispo-sición y se señala, reconociendo lo que ocurría en la práctica, que la citación se practica-rá, por lo general, por un agente de policía.

b) En relación al examen del testigo que reside en un lugar distinto al del juicio, se suprime la referencia a kilometraje, y debe ser hecha por el Juez de Letras o de Policía Local de su residencia. Se mantiene, en todo caso, la excepción relativa a la declaración ante el tribunal de la causa, para lo cual el juez deberá dictar un auto motivado.

c) Conforme a los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal se permite al testigo declarar bajo promesa de decir verdad y no se puede juramentar a los menores de 16 años.

En todo caso es necesario dejar constancia que tanto puede cometer delito de falso testimonio el testigo que ha sido juramentado como el que ha prestado su declaración bajo promesa.

d) Se permite al juez ordenar que la declaración del testigo se recoja mediante ver-sión taquigráfica o en aparatos de estenotipia o fonograbadores. Sobre ello volveremos.

4°. Declaraciones del inculcado

a) Se establece en el artículo 318 bis del Código de Procedimiento Penal el derecho

del imputado libre de presentarse ante el juez a declarar "en su ejercicio nadie podrá impedirle su acceso al tribunal". El juez debe dejar expresa constancia de la presentación voluntaria.

b) Si bien no se señala en forma expresa, como en algunas legislaciones extranjeras, el derecho del inculcado a guardar silencio, a no responder, ello se deduce de lo dispuesto en los artículos 321 en relación con el 322 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, en el primero se señala que al interrogatorio de identificación, siempre deberá responder, no se repite esta norma en el segundo, al referirse precisamente a preguntas sobre los hechos y la participación.

También el artículo 327 guarda silencio en lo que puede suceder si el inculcado rehúsa contestar, pero se señala lo que ocurre con el que se finge loco, sordo o mudo, y todas estas situaciones están contempladas en la misma disposición.

Finalmente, el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, ya en forma que no deja lugar a dudas, manifiesta "que el silencio del imputado no implicará un indicio de participación, de culpabilidad o inocencia".

c) Ahora, y mirando especialmente al derecho de defensa, el juez debe informar al inculcado cuál es el hecho que se le atribuye y puede hacerle saber las pruebas que existieren en su contra. Se le invitará enseguida, como dice la ley, a manifestar cuanto tenga por conveniente para su descargo o aclaración de los hechos. Todo ello permite concluir que el legislador quiso poner énfasis en el carácter de defensa que tiene la declaración indagatoria.

d) Al igual que respecto de los testigos, el juez puede ordenar que la declaración del inculcado se recoja mediante versión taquigráfica o en aparatos de estenotipia o fonograhadores.

e) La derogación del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, que se refería al inculcado que expusiere ser menor de 20 años, no significa que la norma haya perdido vigencia, pues ella se trasladó al artículo 347 bis, con la sola modificación que ahora tiene importancia cuando manifiesta tener una edad inferior a 18 años. Esta nueva disposición y la del artículo 347 bis A. agilizan tanto las diligencias relativas a la averiguación de la edad como a la declaración del juez de menores acerca del discernimiento, trámite que no puede durar más de 15 días, ordenando que se prescinda, en su caso, de informes técnicos. En este lapso de privación de libertad del menor, que se aclara que como tal debe considerarse para todos los efectos legales, es procedente la excarcelación de acuerdo a las reglas generales..

El artículo 339 del Código de Procedimiento Penal tan conocido de los jueces y secretarios, que se derogó, no hace desaparecer la obligación de certificar sobre posibles condenas o declaratorias de reos pretéritas, sino que, simplemente, ella se pasó al artículo 350 bis.

f) Finalmente, y en lo que dice relación con el imputado, resulta útil recordar lo que expresa el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal "a nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado..."

Desde luego, se contiene en este precepto una clara reafirmación del principio de la legalidad, en el sentido del debido proceso y que consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, es el viejo aforismo "Nulla poena sine iudicio".

Al establecer por otra parte que a nadie se le considerará culpable de delito sino en virtud de sentencia, se está consagrando "el principio de inocencia". Hasta ahora no se le había contemplado como una norma expresa, sino que sólo era una deducción lógica. En efecto, si el proceso penal es obligatorio, puesto que es la única forma en que pueden

cobrar vida las normas punitivas, nadie ha podido ser considerado culpable mientras no se dicte sentencia de término. Pero creemos que ha sido útil que esta deducción esté contemplada hoy en una ley. Se evitará toda duda.

Si el inculpado goza de este derecho, él no necesita demostrar su inocencia y, por el contrario, es menester probar su culpabilidad. Por lo mismo, en caso de duda, habrá que absolver.

De este principio nace el derecho del inculpado a defenderse de toda imputación.

5º. *De la confesión*

a) Ahora bien, la declaración indagatoria de que hemos venido hablando, puede transformarse en un medio de prueba: la confesión, siempre que el imputado reconozca su participación culpable en el hecho punible.

Pero para que ella pueda probar la participación, es necesario que se den las circunstancias señaladas en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, debiendo destacarse, en lo que en esta charla corresponde, que debe ser prestada ante el juez de la causa o ante aquellos cuya competencia se discute mientras la respectiva contienda no se ha dirimido. Hasta aquí ninguna novedad, pero se ha agregado por la Ley 18.857 la prestada ante el juez que practica las primeras diligencias del sumario, y que se indican en el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal, lo que antes no sucedía y, por ende, sólo podía constituir un indicio, pero jamás prueba completa, como sucede en la actualidad.

b) Deben recordarse, como normas de interés, el que el silencio del imputado no implicará indicio alguno de participación, culpabilidad o inocencia y que no se dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la interceptación de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz u otros instrumentos semejantes. Recordémonos de casos famosos ocurridos en USA, en que precisamente se han usado estos métodos.

Se trata de evitar este tipo de espionaje y se pretende que siempre la confesión responda a un acto voluntario y con plena conciencia de que se reconocen hechos en su propio perjuicio.

Leíamos a propósito de esta disposición en la prensa del día lunes 2-VII-90, que el gobierno de Colombia facultó a los jueces militares para que intercepten los teléfonos de aquellas personas sospechosas de estar vinculadas a los carteles de la droga, y a los grupos de *sicarios a su servicio* que están ejecutando asesinatos y atentados terroristas.

Esta medida extrema, que sin duda viola el derecho a la privacidad, sólo puede comprenderse en la emergencia que vive ese país.

c) El artículo 484 bis, como ya hemos tenido oportunidad de ver, otorga a las partes el derecho de exigir, en el plenario, la concurrencia del acusado, a una o más audiencias determinadas para interrogarlo sobre los hechos que hayan manifestado en el sumario o sobre las declaraciones que los comparecientes hubieren formulado en el plenario.

En el artículo 484 bis A se consagra la absolución de posiciones acerca de los hechos objeto de la acusación y de la defensa, para las demás partes en el juicio.

El juez, en única instancia, se debe pronunciar acerca de la pertinencia de las preguntas contenidas en el sobre cerrado y que se abre en la audiencia.

Las partes tienen el deber de concurrir y si no lo hacen pueden ser compelidas con arresto.

La petición de concurrencia del acusado y de las partes a absolver posiciones no exige la ley que sean solicitadas en los escritos de acusación o adhesión, de acción civil o de

contestación a uno y otro, y, por el contrario, en el primer artículo citado se señala que ellas pueden pedirse durante todo el plazo del plenario y hasta los seis días después de vencido el probatorio, como lo recordamos anteriormente.

d) En el proceso penal no hay confesión ficta y ello abarca no sólo al acusado sino que a todas las partes.

6°. Medios de prueba incorporados por la ley 18.857 al Código de Procedimiento Penal

Se trata de elementos probatorios que la legislación pretérita no había considerado, pero que, sin embargo, en el hecho se utilizaba en los procesos. Recordémoslos sólo en la fotografía, tan útil para demostrar por Ej.: los daños en un accidente de tránsito. Siempre se consideraron como un documento. Sin embargo, la nueva ley, en lo que constituye un verdadero avance, una modernización, los ha incorporado expresamente.

Para su estudio distinguiremos aquellos que pueden ser de iniciativa del juez, de los agregados por las partes en el proceso.

a) *Iniciativa del juez.* A ellos se refieren especialmente los artículos 113, 117 y 330 del Código de Procedimiento Penal.

El primero permite al juez "disponer la fotografía, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces y sonidos por los medios técnicos que estime conveniente. Asimismo, podrá valerse de resultados obtenidos por la utilización de aparatos destinados a desarrollar exámenes, demostraciones científicas o por medio de la computación".

El segundo, por su parte, repite que el juez puede valerse como medios auxiliares para levantar un acta de inspección, de instrumentos de reproducción o de captación de sonidos o imágenes; y el último, le autoriza ordenar que la declaración del inculcado o testigos se recoja mediante versión taquigráfica o en aparatos de estenotipia o fonograbadores. (Aparatos estenotipia son máquinas de escribir con signos de taquigrafía).

b) *Iniciativa de las partes.* Las partes, por su lado, conforme al artículo 113 bis "podrán valerse de pruebas, como películas cinematográficas, fotografías, fonografías y otros elementos de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe".

c) *Valor probatorio.* Para analizar el valor de convicción de estos nuevos elementos es necesario repetir la distinción entre aquéllos presentados por las partes de los que son iniciativa del inquisidor. Así tenemos:

1) El artículo 113 bis se encarga de señalar en su inciso 1° que los *agregados por iniciativa de las partes* "podrán servir de base a presunciones o indicios". En otros términos, ellos por sí solos no son suficientes para demostrar la existencia de un hecho, puesto que, para que así acontezca, deberán necesariamente ir unidos a otros medios de prueba.

Creemos que el legislador fue muy parco en el valor que les otorgó a estos modernos medios. En efecto, las precauciones de que están rodeados, desde luego la citación, la asesoría técnica que se puede ordenar, las constancias y medidas que se deben adoptar después de la operación, son suficientes garantías para que pudieren haber sido consideradas, al menos, como constitutivas de una presunción judicial.

2) Indudablemente, de otra parte, cuando la *iniciativa parte del tribunal*, el que no pudo estar presente en el momento histórico en que ocurrieron los hechos, estos elementos sólo sirven para dejar constancia de un hecho o se utilizan para desarrollar exámenes o demostraciones científicas o sirven de auxiliares para levantar las actas de las pruebas orales. En otras palabras, cuando corresponden únicamente a testimonios de otras pruebas, peritos, inspección personal, testigos, etc., el valor será el que corresponda a éstas y no al de base de una presunción judicial.

La distinción fluye claramente de la ley. En efecto, el artículo 113 bis, que le asigna sólo la posibilidad de constituir una base de presunción judicial, debe aplicarse en su ámbito propio, vale decir, sólo cuando son las partes las que se han valido de ese elemento, ya que la norma sólo se pone en esa situación y para nada reglamenta el valor de la prueba allegada al proceso por el juez de propia iniciativa.

7°. De la prueba de las acciones civiles

Por primera vez la ley consagra una disposición especial a la prueba de las acciones civiles en un proceso penal. El artículo 488 bis del Código de Procedimiento Penal que conforma el Párrafo VIII del Título correspondiente del Código de Procedimiento Penal, regla esta materia.

a) *Carga de la prueba*. Esta, por expresa disposición de la ley señalada, se sujeta a las normas civiles, por ende el que debe probar y no lo hace sufre el perjuicio de su propia omisión.

b) *Procedencia, oportunidad, forma y valor probatorio*. A su respecto rigen plenamente las normas del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, se contienen dos reglas específicas relativas a la confesión:

1) Las partes pueden ser llamadas a absolver posiciones en el plenario sólo una vez, siempre que se trate de hechos comprendidos en la acción civil y que no digan relación con la existencia del delito y la responsabilidad penal. Se aplican en lo demás las normas que tuvimos oportunidad de analizar y relativas a la absolución de posiciones en materia penal.

2) Consecuencia de ello es que en esta materia civil tampoco hay confesión ficta.

Se agrega que lo dispuesto en este artículo se aplica también a las cuestiones civiles indicadas en el artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, las conocidas como cuestiones prejudiciales civiles.

En esta materia se ha producido una modificación del inciso final del artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales. En efecto, conforme al artículo 488 bis, que se analiza, solamente lo relativo a la carga de la prueba se rige por las normas civiles, en cambio el Código Orgánico señala que la prueba en general se sujetará a las disposiciones del derecho civil. Por tanto, y tratándose de una norma posterior y sobre el mismo asunto, prevalece por sobre la antigua. Así las cosas en estas cuestiones prejudiciales civiles únicamente la determinación de la parte que debe probar se rige por las normas civiles; en lo demás, se le aplican las del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente "el reconocimiento que las partes hicieron en sus escritos, respecto de los hechos que le perjudiquen, y relativo a la acción civil, constituirá confesión".