

MARC 370
RV 90615

MAG
H556c
2011

¿CUÁNDO DEBIÉRAMOS ESTIMAR EFICACES LAS DECLARACIONES PRESTADAS POR UN COIMPUTADO?



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

MAGÍSTER: "LEGUM MAGÍSTER"

- MENCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL -

TESIS DE MAGÍSTER

PROFESOR GUÍA: SR. ALBERTO BALBONTÍN RETAMALES

CANDIDATO A MAGÍSTER: FRANCISCO ANTONIO HERMOSILLA IRIARTE

FECHA: PRIMAVERA DE 2010 y VERANO DE 2011

¿CUÁNDO DEBIERAMOS
ESTIMAR EFICACES LAS
DECLARACIONES
PRESTADAS POR UN
COMPUTADO?



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO

MAESTRÍA EN INGENIERÍA

PROGRAMA DE INGENIERÍA EN SISTEMAS DE COMPUTACIÓN

TRABAJO DE GRADUACIÓN

DESARROLLO DE UN SISTEMA DE CONTROL PARA UN

PROCESO DE CONTROL DE TEMPERATURA

ALUMNO: [Nombre del alumno]

ABREVIATURAS USADAS EN ESTA TESIS

C de PP: Código de Procedimiento Penal (Chile)

CPP: Código Procesal Penal (Chile)

CP: Código Penal (Chile)

CPC: Código de Procedimiento Civil (Chile)

STS: Sentencia del Tribunal Supremo (España)

TC: Tribunal Constitucional (España)

CPRCH: Constitución Política de la República de Chile

CPPCH: Código Procesal Penal del Estado de Chihuahua (México)

CDE: Consejo de Defensa del estado (Chile)

ICA: Itma. Corte de Apelaciones (Chile)

T.J.O.P.: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (Chile)

DECLARACIÓN DE LA LEY

1. La Ley de...

2. La Ley de...

3. La Ley de...

4. La Ley de...

5. La Ley de...

6. La Ley de...

7. La Ley de...

8. La Ley de...

9. La Ley de...

10. La Ley de...

11. La Ley de...

INDICE DE LOS CAPÍTULOS DE LA TESIS

NOMBRE	DESDE PÁGINA	HASTA PÁGINA
INTRODUCCIÓN	7	16
CAPÍTULO I NOCIONES GENERALES PREVIAS	19	35
CAPÍTULO II LAS DECLARACIONES DEL COIMPUTADO	38	72
CAPÍTULO III EL COINCULPADO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	75	91
CAPÍTULO IV LA POSIBILIDAD DE DEPURAR LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS EN LA FASE INTERMEDIA	95	163
CAPÍTULO V SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS	167	271
CAPÍTULO VI LAS LLAMADAS DECLARACIONES PREMIALES DE LOS COIMPUTADOS	275	291
CONCLUSIONES DE LA TESIS	293	297

INDICE DE LOS CAPITULOS DE LA TESIS

Capítulo	Título	Página
I	Introducción	1
II	Planteamiento del problema	10
III	Objetivos de la investigación	15
IV	Justificación de la investigación	20
V	Marco teórico	30
VI	Metodología de la investigación	40
VII	Resultados de la investigación	50
VIII	Análisis de los resultados	60
IX	Conclusiones	70
X	Recomendaciones	80

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta tesis es determinar cuándo se debieran estimar eficaces, por parte del juzgador, las declaraciones de los coimputados prestadas en un mismo juicio o en otro diverso, respecto al sujeto juzgado, o en palabras más simples, como expone DEI MALATESTA, del valor “del testimonio del acusado sobre el hecho ajeno”.¹

Deberé partir entonces definiendo quién es el “coimputado”, término que, para esta investigación, haré sinónimo de los siguientes vocablos; por ejemplo, coacusado² del que habla FLORIAN, pero también coenjuiciado, coencausado, cosindicado, coinculpado, codelincuente y coencartado.³

También explicaré que los asertos, testimonios o declaraciones que preste un coimputado y que afecten al sujeto que está siendo juzgado, pueden producirse en el mismo juicio o en otro diverso.

Asimismo, deberé hacerme cargo de las discusiones que se han planteado en Chile, en torno a la discusión sobre la incorporación o exclusión de la declaración de un coimputado, en la fase intermedia del procedimiento ordinario, es decir, analizar si aquél puede o no comparecer lisa y llanamente, como testigo de cargo, o bien puede incluirse por una vía distinta, no presencial del coimputado, su declaración a ese juicio.

Analizaré también, cuál es el tratamiento que en Chile se ha dado a la valoración de la declaración de los coimputados por parte de los jueces, en la sede o fase del juicio oral y también por los Tribunales Superiores⁴ conociendo de recursos de nulidad.

1 FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, “Lógica de las Pruebas en Materia Criminal”, Vol. II, 4ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1988, traducción del italiano de Simón Cornejo y Jorge Guerrero”, en el capítulo VI, Título III, se refiere al testimonio del acusado sobre el hecho ajeno, aludiendo al “testimonio del cómplice, que se refiere a la hipótesis del acusado que, espontáneamente o asediado por las pruebas, confiesa y declara contra su cómplice”, aunque más adelante admite la posibilidad de que el acusado exculpe al cómplice, en lo que él llama: “disculpa del cosindicado”; págs. 241 y 261.

2 FLORIAN, Eugenio, “De las Pruebas Penales”, Tomo I, 4ª reimpression de la 3ª edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, año 2002, traducción del italiano de Jorge Guerrero, Tomo II, págs.129, señala, primero hablando del acusado que aquél, en tal calidad no puede ser al mismo tiempo testigo propio y, refiriéndose al coacusado se pregunta si es jurídicamente admisible el testimonio de un coacusado, para el caso que siendo varios acusados, uno rinde testimonio sobre asuntos que repercuten en el otro. Págs. 125 a 132.

3 Nota: ver CÚNEO LIBARONA, Mariano, “La declaración del coimputado en el proceso penal”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1ª Edición, mayo de 2009, pág. 23 hace también sinónimos de coimputado las voces: codelincuente, co-reo, testimonio en codelincuencia, testigo sospechoso, testigo inhábil, testimonio impropio, testimonio de referencia, colaborador, arrepentido y delator.

4 Sentencia ICA de Talca, Rol 401-2006 RPP, que en su considerando octavo señaló: “...lo manifestado por L.A.S.S. (acusado) no debió servir de base para incriminar a los acusados que resultaron condenados, habida consideración que no fue ni pudo haber sido utilizada dicha declaración como un elemento de cargo por parte del Ministerio Público, por tratarse de uno de los acusados en contra de los cuales se enderezó la acción penal y, por ende, la versión del primero sólo debió limitarse y examinarse como medio de defensa utilizado por L.A.S.S. (acusado), más no para probar algún grado de participación de los demás”. Citado en www.dpp.cl/Documentos/jurisprudencia/_2006__12%20Bolet%EDn508.PDF, pág. 96 del 12 Boletín de Jurisprudencia del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública.

Para ello, en primer término, haré hincapié en la comparación de la pretérita legislación procesal penal, que amparaba un sistema tarifado de medios de prueba, con el de la libre valoración de los mismos, que es el que nos rige actualmente.

Pues, en el antiguo régimen procedimental penal, se contemplaban dos institutos que pretendían solucionar el tema de la declaración del coimputado y su valoración por parte del juzgador, tales eran las tachas y los careos, herramientas procesales que en nada se avienen con un sistema de libre valoración de la prueba donde, además, por esencia, al menos en Chile, no existen los testigos inhábiles ni los careos entre coimputados.

Haciendo algo de historia legislativa, me referiré en primer lugar a la existencia de la institución del antiguo careo entre procesados o inculpados, que contemplaba el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal y luego, a dos de las pretéritas causales de tacha del mismo cuerpo legal, como eran aquellas de los numerales 7° y 8° del artículo 460.

Estas normas eran aplicables a los antiguamente llamados procesados y/o inculpados y pretendían, en primer lugar enfrentarlos cuando sus versiones de los hechos fueren contrapuestas y en segundo término, cuando se les pretendía excluir como testigos.

Como explicaré en el curso de esta investigación, el careo como diligencia de la investigación, se decretaba por un Juez del crimen, entre otros casos, cuando *“los procesados entre sí, discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que tenga interés en el sumario”*,⁵ entonces, aquél Juez los citaba a ambos a su presencia, allí se enfrentaban y el juzgador podía *“confrontar a los discordantes a fin de que explicaran la contradicción o se pusieran de acuerdo sobre la verdad de lo sucedido”*.⁶

Por otro lado, como, también explicitaré en el desarrollo de esta tesis, la primera causal de tacha anotada, que decía relación con: N° 7) *“Los amigos íntimos del reo o de su acusador particular, los socios, dependientes o sirvientes de uno u otro y los cómplices y los encubridores del delito. La amistad o enemistad deberán manifestarse por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias”*. En tanto, la segunda, consistía en establecer de antemano que eran testigos inhábiles para el juicio, N° 8) *“los que, a juicio del tribunal, carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el proceso interés directo o indirecto”*,⁷ de donde emanaba que como los coimputados, tenían también interés directo y personal en la decisión final, no podían ser considerados como testigos hábiles.

5 Véase el artículo 351 del C de PP

6 Ídem cita anterior.

7 Véase el artículo 460 N° 8 del C de PP

Las tachas,⁸ según NEIRA ALARCÓN, “constituyen el procedimiento que la ley establece para que los interesados hagan valer las inhabilidades que pueden afectar a un testigo”.

Por otra parte, en concepto del mismo NEIRA ALARCÓN, el careo⁹ “es el interrogatorio conjunto de dos o más testigos o inculpados, enfrentándolos, cuando sus declaraciones individuales anteriores fueren contradictorias entre sí, con el objeto de uniformar sus dichos o explicar sus discrepancias”.

En el texto del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica no era ajena tampoco la institución del careo entre testigos y acusados.¹⁰

Resultará interesante entonces, tener presente aquí, la clasificación de los terceros, en interesados y no interesados¹¹ que menciona FONTECILLA RIQUELME, aludiendo a que los testigos y peritos pertenecen al segundo grupo y “cuyo rasgo fundamental es no tener interés alguno en el proceso”, mientras que los del primer grupo – que son los que merecen nuestra atención porque aquí cabe el inculpado – “están en cierto modo enlazados al proceso por tener ciertos intereses”.

FONTECILLA RIQUELME, citando a CARRARA,¹² menciona la clasificación que éste último hace de los testigos, refiriendo que los testigos son idóneos e inidóneos.¹³ A su vez, los primeros – que se caracterizan porque pueden decir la verdad – se subdividen a su vez, en íntegros y sospechosos (según las circunstancias y que quieran o no decir la verdad que saben), existiendo causas que influyan en su voluntad y que induzca a temer que quiere engañar, las que pueden provenir, entre otros motivos, en concepto del citado CARRARA, por defectos de la persona. En su opinión, los principales defectos en la persona derivan, entre otras, de la causa siguiente: “3° De las relaciones con el proceso (copartícipes)”.

Por lo anterior FONTECILLA RIQUELME¹⁴ señalaba que la clasificación que CARRARA hacía de los testigos, era aplicable en nuestro (antiguo) derecho procesal penal,

8 NEIRA ALARCÓN, Eugenio, “Manual de Procedimiento Penal Chileno”, Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, 1° Edición, año 1992, pág. 325.

9 *Ibid.*, pág. 143.

10 Nota: Véase el inciso final del artículo 313 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica que disponía: “Si fuere imprescindible, el presidente podrá autorizar a los testigos a presenciar actos del debate; se podrá llevar a cabo confrontaciones entre testigos o entre el testigo y el acusado (careos) o reconstrucciones” comprendido como apéndice en MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Argentino” Tomo 1 (vol. A) Fundamentos. El derecho procesal penal y su inserción en el orden jurídico”, Copyright Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2° Edición 1989, pág. 410.

11 FONTECILLA RIQUELME, Rafael, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2° Edición, noviembre del año 1978, pág. 261.

12 *Ibid.*, pág. 263.

13 Nota: FONTECILLA RIQUELME, Rafael, en Ob. Cit. pág. 263, refiriéndose a la clasificación de testigos que hace CARRARA, señala que los testigos inidóneos “son los que no pueden decir la verdad porque no la saben, como los ciegos, los dementes, etc.”.

14 *Ibid.*, pág. 265.

refiriendo entre las causas que influyen sobre la voluntad, por defectos que miran a la persona – relación con el proceso – las causales de tacha del artículo 460 numerales 7 y 8.

Hoy, en un sistema de libre valoración de la prueba, donde los careos y las causales de tachas de los testigos son inexistentes, puesto que todos los testigos son hábiles,¹⁵ y que las mismas normas de testigos y peritos se le aplican al imputado cuando se allana a declarar,¹⁶ resultará interesante comprender entonces, cómo ha de tratarse el tema de la valoración de los dichos de los coimputados, sin estas normas de auxilio con las que contaba el juez de antaño, al momento de valorar tales asertos, que para algunos, hoy siempre constituyen un medio de defensa y hay que comprenderlas en ese contexto, mientras que para otros, son probanzas en todo análogas a la testimonial y para otros son una posición híbrida entre lo que es una prueba testimonial y un mecanismo de defensa.

Luego, el hecho de no tener tales institutos en el nuevo sistema, que se explicaban más bien para un sistema de prueba legal o tasada, implica hoy en día, ante un sistema de valoración libre de los testimonios de coimputados, en mi opinión, dos posibles caminos de solución.

Una ruta sería echar mano de las pautas que se han dado extramuros, para analizar cómo se pueden y deben valorar las declaraciones de los coimputados.

La otra alternativa, consistiría en pensar que en parte, las soluciones extranjeras están dadas, porque allí se contemplan situaciones similares a las tratadas antiguamente en nuestro Código de Procedimiento Penal del año 1906 y, en este sentido, cabe dilucidar si la doctrina y la jurisprudencia del antiguo sistema puede ser de alguna utilidad, en cuanto a la fijación de alguno de los actuales parámetros objetivos de valoración, dado que tanto la causal de tacha mencionada, como el instituto del careo, parten de la natural desconfianza¹⁷ que el legislador tenía de las declaraciones de los coimputados en un juicio.

En otras palabras, examinar sí las razones que justificaban por un lado el careo y, por el otro, las causales de tacha mencionadas, se amparan en las mismas motivaciones que explican hoy día, las llamadas reglas de suficiencia probatoria, mejor llamadas por **MIRANDA ESTRAMPES**,¹⁸ "*reglas negativas de insuficiencia*", pues fijarían ellas "*los requisitos que permiten calificar a una prueba como razonablemente de cargo*", partiendo del supuesto de

15 Véase el artículo 309 del CPP

16 Véase el inciso final del artículo 330 del CPP

17 Nota: FONTECILLA RIQUELME, Rafael, en Ob. Cit. pág. 268, refiere: "El testigo es persona diversa del juicio, del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales. No puede ser testigo el co-reo. La deposición es un elemento de prueba, y ésta no se extrae de los sujetos procesales mencionados, y su valor se atenúa cuando provenga de personas que tienen interés en el procedimiento".

18 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "*La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: Análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC. (Radiografía de un giro constitucional involucionista)* En *Revista Xurídica Galega*, Nº 58, España, 1º trimestre de 2008, págs. 23. (Nota: este artículo fue enviado por el indicado autor a este tesista, mediante correo electrónico de fecha lunes 19 de octubre de 2009, desde su email "Miranda Estrampes, Manuel [manuel.miranda@fiscal.es]").

que existe una natural sospecha cuando un imputado declara a favor o en contra de otro coimputado.

De tal comparativo, surgirán elementos que permitirán discernir si es suficiente para un debido proceso, el empleo del sistema de la libre convicción que recoge el artículo 297 del Código Procesal Penal o, por el contrario, si sería necesario o conveniente, tener a la vista las nuevas corrientes de la jurisprudencia y doctrina extranjeras, que fijan para los jueces, algunos parámetros que pretenden objetivar en algo, tal valoración.

Normativización que, en opinión de MIRANDA ESTRAMPES,¹⁹ no sería contraria al principio de la libre valoración de la prueba, “*pues actuaría a modo de presupuesto previo necesario para poder valorar dicha prueba y como contrapeso a la escasa fiabilidad de la misma*”.

Luego, enunciaré las doctrinas²⁰ que existen, respecto de la valoración de los asertos de los coimputados.

Como se verá, en el curso de esta investigación, hay diversas posturas doctrinarias sobre el punto, las que en mi opinión y con ciertos matices, pueden reducirse básicamente a dos posiciones que son encontradas, existiendo, entre aquellas una intermedia.

La primera doctrina, consiste en considerar a los coimputados como testigos simplemente, esto es, como un medio de prueba más, en todo análogo a la restante probanza testimonial, de donde se sigue que sus asertos pueden servir de base para una condena o absolución, al valorarse en todo, de manera igual a la de un testigo.²¹

Así en España, “*la admisibilidad de las declaraciones inculpatorias de los coimputados como medios de prueba*” ha sido planteada por autores como VASQUEZ SOTELO, ASENCIO MELLADO, MIRANDA ESTRAMPES y FLORES PRADA”.²²

Como se verá, de otra de las conclusiones, respecto de la valoración de los testimonios de los coimputados, en mi concepto resulta insuficiente, el de la apreciación de la prueba de acuerdo a la norma del artículo 297 del Código Procesal Penal, dado que en tal caso se asimilan sus dichos a los de los testigos, puesto que considero que ellos no pueden constituirse en un simple medio de prueba – testimonial – como se ha sugerido y realizado hasta ahora en Chile, sino que, deben existir otros parámetros objetivables, que nazcan del

19 Ídem cita anterior.

20 Nota: CÚNEO LIBARONA, Mariano, Ob. Cit., capítulo VI, págs. 143 y siguientes menciona, entre otras las doctrinas de MITTERMAIER, DÖHRING, CARNELUTTI, FLORIÁN, ALTAVILLA, ROXIN, HASSEMER, PRITTWITZ, SILVA MERELLO, COBO DEL ROSAL, BACIGALUPO, JAÉN VALLEJO y DÍAZ PITA.

21 Nota: Aquí caben las posturas de Cornelius Prittwitz, entre los autores alemanes y de Manuel Cobo del Rosal, entre los españoles, citados por CÚNEO LIBARONA, Mariano, en Ob. Cit. págs.151 y 154.

22 Nota: Citados por DÍAZ PITA, María Paula: “*El Coimputado*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, año 2000, pág. 307.

seno del juicio, que permitan valorar sus dichos. La inexistencia de aquellos debería llevar a una valoración negativa de esos testimonios – es decir – a restarles valor probatorio de cargo.

La segunda doctrina, opuesta completamente a la anterior, consiste en restarle todo mérito probatorio, al considerar que la declaración del coimputado significa siempre un medio de defensa y, en tal evento ella no puede ser valorada como prueba de cargo sin alterar la presunción de inocencia.²³

En España, “no faltan, sin embargo, quienes niegan a las declaraciones inculpatorias del coimputado el carácter de medio de prueba”, como es el caso de **CUERDA-ARNAU y MUÑOZ CONDE**.²⁴

Como cita **MUÑOZ CONDE**,²⁵ “la mayoría de los autores consideran que las declaraciones de los coimputados o coacusados no son prueba, o que, en todo caso, no pueden ser consideradas al mismo nivel que la prueba testifical”.

La conclusión anterior, importará para esta investigación el dar las razones por las que no se comparte aquella vertiente doctrinaria, que estima que la declaración de los coimputados siempre constituye un mecanismo de defensa.

Luego, para tal postura, al no ser aquella un medio más de prueba testimonial, implica que nunca debieran valorarse esos testimonios, pues de hacerse se estaría vulnerando el principio de inocencia.

La tercera teoría o postura doctrinaria, que es una que podría ubicarse entre medio de las dos anteriores, que son antagónicas, consiste en considerarlas una prueba testimonial pero de carácter especial, tanto que por algunos se le agrega el adjetivo de “impropio” a la locución “testigo”, lo que para algunos autores es una creación jurisprudencial de “dudoso rigor dogmático”,²⁶ que no es más que la declaración del coimputado, reconociendo entonces, que no son pruebas testificales propiamente tales, sino que son relatos provenientes de otro encausado, de otro partícipe, los que no obran bajo los mismos parámetros que la prueba testifical en general, como se analizará, por ejemplo, se rinde sin juramentación previa.

23 Nota: Aquí caben las posturas de Francisco Muñoz Conde, José Luis Vásquez Sotelo, Marisa Luisa Cuerda Arnau y Víctor Moreno Catena, entre los autores españoles y entre los alemanes a Claus Roxin, citados por CÚNEO LIBARONA, Mariano en Ob. Cit. págs.158 y siguientes.

24 Nota: Citados por DÍAZ PITA, María Paula, Ob. Cit., pág. 309.

25 MUÑOZ CONDE, Francisco, “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, copyright by Editorial Hammurabi SRL, por José Luis DePalma Editor, Buenos Aire, 2ª edición, año 2003, pág. 71.

26 ARMENTA DEU, Teresa, “Lecciones de Derecho Procesal Penal”, (4ª edición), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, año 2009, pág.244.

Al efecto según MORENO CATENA,^[27] “estas declaraciones de un imputado en contra de otro se han calificado de testimonios impropios, ya que no son asimilables ni a la confesión, ni al testimonio, si bien traen a la causa afirmaciones fácticas extraídas de fuera del proceso, denominación y línea interpretativa que se inicia con la S.T.S. de 12 de mayo de 1986 y llega a la actualidad, siendo acogida por el T.C., aun cuando deba sostenerse la artificiosidad de esta construcción para otorgarle valor de elemento probatorio”.

En otras palabras, esta última posición doctrinaria explica que es admisible la declaración de un coimputado como prueba válida para un juicio oral, pero con ciertas reservas,^[28] y que la clave del asunto no está en su admisión o inadmisión, sino que, una vez recibida – puesto que ella se admite sin reparos – recae al momento de su valoración, señalándose, en general que aquella no puede valorarse de igual manera que la prueba de un testigo.

Esta última, es la posición a la que en general adscribo, daré los fundamentos de aquella opción en el curso de esta investigación, pues estimo que en algunos casos puntuales, podrían excluirse las declaraciones de los coimputados.

Creo que dejando el tema de la exclusión fuera de la discusión, por ahora, ésta es también la opinión de MIRANDA ESTRAMPES,^[29] debido a que este autor señala que se le exige a ésta (la declaración del coimputado) “la presencia de elementos objetivos de corroboración de su contenido obtenidos de otras pruebas autónomas”, según un modelo de “verificación extrínseca reforzada”, siguiéndose en España, la línea adoptada por el legislador italiano, del año 1988.

Para entender tal acepción, explicaré conceptualmente para la presente investigación, qué se ha entendido extramuros, por “testigo impropio”.^[30]

Adelanto desde ya, que la denominación de “testigo impropio” la han dado la doctrina y jurisprudencia extranjeras y, como quedará de manifiesto, es sin duda, indicativa de

27 MORENO CATENA, Víctor Manuel, “La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español” artículo aparecido en *Revista Penal* ISSN 1138-9168, N° 4, año 1999, pág.63 en el siguiente vínculo de internet: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewPDFInterstitial/66/61>, visitado el 8 de junio de 2010.

28 Nota: Aquí caben las posturas en Italia de Francesco Carnelutti, Eugenio Florián y Enrico Altavilla y en España de Manuel Jaen Vallejo, Enrique Bacigalupo y María Paula Díaz Pita, citados por CÚNEO LIBARONA, Mariano, en Ob. Cit. págs. 147,148, 155 y 156.

29 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Art. Cit. Pág.23.

30 Nota: Así una sentencia del Tribunal Supremo Español hablaba del testimonio impropio del imputado el año 1999: “No existe duda sobre la validez del testimonio de los coimputados para cubrir esa mínima actividad probatoria, que es necesaria para destruir los efectos protectores de la presunción de inocencia. En las declaraciones de los coimputados, coinciden dos datos característicos que hay que valorar aisladamente. Por un lado se trata de un inculpado al que le asiste el derecho a no declarar y a no confesarse culpable de lo que se deduce que su actitud normal, en la mayoría de los casos, sería la de encerrarse en el mutismo o facilitar versiones exculpatorias en todo lo que pueda afectarle personalmente. Pero, al mismo tiempo, puede adoptar un apostura colaboracionista, prestándose a facilitar datos sobre la participación de otras personas en cuyo caso se convierte en una fuente probatoria, en todo semejante a las manifestaciones de los testigos, de tal manera que nos encontramos ante un testimonio impropio”, en www.poderjudicial.es/search/index.jsp, Fondo Documental CENDOJ, Roj: STS-7205/1999.

que no se trata entonces, de la declaración de un testigo común y corriente, según ARMENTA DEU,³¹ quien crítica tal concepto, que ya aparece en sentencias del Tribunal Constitucional Español desde el año 1988.

Ergo, me interrogaré sobre dos posibilidades:

¿Debiera tener la declaración del coimputado, una valoración idéntica a la del testigo, como se ha hecho hasta ahora en Chile?

O por el contrario;

¿Debiera estar la declaración del coimputado sujeta a parámetros más o menos objetivos, como los que se han pretendido dar extramuros, a modo ejemplar en Italia, España y Perú, entre otros, que pretenden diferenciarla, por lo mismo de una simple probanza testimonial?

Al menos en España,³² al decir de SÁNCHEZ YLLERA, ha existido una evolución jurisprudencial sobre el particular que va, desde darle a la declaración del coimputado una naturaleza similar a la de la prueba testifical, pasando luego por la disyuntiva de que como aquél no tiene obligación de decir verdad, se provocaban problemas de credibilidad, hasta terminar sosteniendo que el problema *"ya no es de invalidez, sino que de insuficiencia e inconsistencia como prueba de cargo, cuando es la única que pretende sustentar una declaración de condena"*, pues en este caso, *"carecería de consistencia sino resultare mínimamente corroborada por otras probanzas"*.

En Italia,³³ también ha existido una evolución sobre el particular, como señala el mismo SÁNCHEZ YLLERA, generándose un amplio debate acerca de la validez del testimonio del coimputado (*chiamata di correo*) y jurisprudencialmente las opciones estaban divididas, así en algunos casos se *"admitió su valor probatorio únicamente si el testimonio era intrínsecamente atendible"* a la vista de las características personales del declarante y del contenido de sus manifestaciones (es lo que se llamó *"chiamata di correo nuda"*, porque no exigía corroboración) y en otros casos, *"se exigía que tales manifestaciones vinieran acompañadas de datos objetivos y externos, que revistieran la declaración dotándola de credibilidad (es la llamada "chiamata di correo vestita", por los datos adicionales que su valoración probatoria exige)"*.

31 Nota: ARMENTA DEU, Teresa, en Ob. Cit. Pág. 244, cita entre otras las siguientes sentencias: SSTC 137/1988, 153/1997, 49/1998, 115/1998 y 72/2001.

32 Nota: Se evidencia la evolución jurisprudencial española sobre "la aptitud de las declaraciones de los coacusados para justificar una decisión penal de condena", en el artículo *"Dudas Razonables: La Declaración de los Coimputados"*, de SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, en *"Revista Jurídica Galega"* del vínculo de internet <http://www.rexurga.es/pdf/col 227 pdf>. Pág.13 a 33.

33 SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, artículo citado págs. 23 y 24.

Pues, como se verá, en esos últimos países se exige previamente la concurrencia de requisitos, que operarían a modo de un filtro o tamiz previo al de la valoración, que de esos testimonios deban hacer los jueces, pensando sin duda, en su falta de fiabilidad por provenir de otro involucrado en los hechos investigados.

La inexistencia de tales elementos adicionales, en concepto de dicha doctrina, impedirían una correcta apreciación.

En Chile, lo anterior supone, además, que se supere previamente otra valla, tal es las condiciones excepcionales en que debieran aceptarse, para el juicio, tales declaraciones.

Esto es, determinar si nos limitamos o no expresamente a la norma de las letras citadas del artículo 331 del Código del ramo que permite tales inclusiones, o bien se amplía también para otros casos en que ello no es contemplado.

Como por ejemplo; cuando simplemente el coimputado es citado como testigo de la prueba de cargo, en contra de otro imputado por los mismos hechos.

O bien, en otra hipótesis, que perfectamente podría quedar incorporada en el literal b) de la norma precitada, cuando se acompaña al nuevo juicio de otro imputado, una sentencia anterior, ya sea en procedimiento abreviado o de juicio oral como documento, en donde constan tales declaraciones de un coimputado.

Ello, porque se entiende para el caso del primer procedimiento – abreviado -, que ya hay una aceptación de los hechos y de los antecedentes de la carpeta judicial en que se fundan, por parte del coimputado, y esa “especie de declaración” pudiera afectar a un acusado de otro juicio, en el evento de que esa sentencia sea condenatoria, por cierto.

Y, en el caso del juicio oral, puede existir una declaración de un coimputado, dada en la oportunidad del artículo 326 del Código Procesal Penal en otro juicio sobre los mismos hechos, donde el acusado del nuevo juicio, sea también imputado como partícipe de los mismos hechos en que ya se juzgó al anterior y donde resultó condenado.

En Chile, el tema de las declaraciones de los coimputados tiene escasa regulación, cómo aparece de manifiesto de la poca remisión que se hace de ellos, en los literales c), d) y e) del artículo 331 del Código Procesal Penal.

Como se verá, en estos casos, regulados por nuestro legislador, se está ante lo que se ha llamado una prueba testimonial “impropia” o simplemente ante una desnaturalización del medio de prueba documental.

Por último, también, me haré cargo de la valoración que debe hacerse de las declaraciones de coimputados, prestadas al amparo de algunas situaciones procesales de

carácter premial, es decir, de aquellas que siempre significan para quien las presta, un beneficio, contenidas en legislación punitiva especial, como por ejemplo la Ley de Drogas.

El objetivo de aquello será precisar bajo qué parámetros, esos dichos deben ser valorados por los jueces, en el evento de que lleguen a juicio.

INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES PREVIAS

NOMBRE	PÁGINA
Preámbulo del Capítulo I	19
1.- Circunscribiendo el tema de la tesis	19
2.- Algunos conceptos básicos	22
3.- Las Distintas Fases del Procedimiento Ordinario de Acción Pública	27
4.- De dónde nace la posibilidad de la existencia de varios coimputados en un proceso penal	31
4.1.- Posibilidades de actuación de los denunciados o querellados en la fase de investigación	33
4.1.1.- formas en que puede llegar tal declaración al juicio	34

INDICE GENERAL DEL TERCERA PARTE

NOCIONES GENERALES DE LA MATERIA

NÚMERO	TÍTULO
1	Conceptos generales de la materia
2	Objeto de la materia
3	Alcance de la materia
4	Características de la materia
5	Clasificación de la materia
6	Importancia de la materia
7	Relación de la materia con otras ciencias
8	Historia de la materia
9	Estado actual de la materia
10	Proyección de la materia

DESARROLLO DE LA TESIS

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES PREVIAS

Preámbulo del capítulo I

En este primer capítulo de la tesis, lo primero que se dilucida es quién es un coimputado. Luego se pretende enmarcar el tema de las declaraciones del coimputado como un elemento de cargo o descargo, en contra o a favor de otro coencartado, respectivamente. Esbozándose desde ya, que este es un tema neto de valoración de las mismas declaraciones, indicando que tal problemática llegará al juicio solamente cuando no se hayan excluido aquellas en la fase intermedia, pues cabe tener presente, como se verá, que ello dependerá, exclusivamente del marco en que ellas se propalaron, así, las circunstancias de su obtención marcarán para el litigante y el juez de garantía pautas para resolver el tema de su posible exclusión probatoria. Traspasada que sea la fase de la inadmisión probatoria y permitidas, entonces, tales declaraciones de los coimputados, se verá que ellas llegaran al Tribunal de Juicio Oral, genéricamente a través de dos vías, una presencial y una no presencial y ello también incidirá en el tema de la valoración de las mismas.

1.- Circunscribiendo el tema de la tesis

Tanto la interrogación general, como las particulares que abordo en esta tesis, se enmarcan dentro de la problemática que se plantea en sede de un proceso penal, cuando el ente persecutor pretende incorporar como prueba de cargo en contra de un acusado, la declaración de otro(s) coacusado(s).

Pero, como se advertirá, tal pretensión también la pudiera tener la defensa, al presentar como prueba de descargo, a favor de su defendido, la declaración exculpatoria para éste de otro(s) coacusado(s).

Entonces emerge como una premisa básica que le da sustento a esta investigación, la existencia de la declaración de un imputado - en contra o a favor de otro - imputado, que está siendo actualmente juzgado.

El primero, es quien nos interesa, a ese lo designamos "coimputado".

La pregunta central de esta tesis entonces, será la de cómo se deberán valorar por parte de los jueces tales declaraciones de los coimputados,³⁴ las que pueden ser prestadas en el mismo juicio, o en otro diverso.

Se llama la atención, a que en general la jurisprudencia,³⁵ fundamentalmente la española, se han referido solamente al tema de las declaraciones de un coimputado, cuando aquellas son en contra o en perjuicio de otro, más no así cuando lo favorecen.³⁶

Como se verá más adelante, en el curso de esta investigación, igual problema tendrán los jueces con las declaraciones de descargo que hagan unos coimputados a favor de otros.

Para que podamos hablar de la valoración de la declaración de un coimputado a favor o en contra de otro, es menester que ese testimonio pueda llegar a los jueces del juicio, es decir al Tribunal que debe hacerse cargo de aquellas, dándole o restándole merito probatorio.

Desde allí entonces, que previo a todo lo relativo al tema de la valoración, debo hacerme cargo de la admisión o inadmisión para el juicio futuro de tales probanzas, según las discusiones que, sobre el particular pudieran tener los intervinientes en la fase de preparación del juicio oral.

Entonces, otro de los problemas que deberé enfrentar en el desarrollo de esta investigación, será el de dilucidar si se puede o no excluir, por parte de los jueces de Garantía, en la fase intermedia o de preparación de juicio oral, las declaraciones del coimputado como prueba ofrecida por un interviniente fiscal, querellante o defensor.

34 Nota: CÚNEO LIBARONA, Mariano, en Ob. Cit., pág.23, señala que la declaración del coimputado es: "la declaración en la cual un sujeto que ostenta la calidad procesal de imputado acusa a otro imputado en el mismo proceso de haber intervenido en el delito por el cual se está procediendo contra él".

35 <http://www.boe.es> BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO D. L.: M-1/1958 - ISSN: 0212-033X. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Núm. 159 de jueves 2 de julio de 2009 Sec. TC. Pág. 66.Suplemento. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.10990. Sala Primera. Sentencia 134/2009, de 1 de junio de 2009. Recurso de amparo 3724-2007.Este Tribunal ha reiterado que las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (por todas, SSTC 34/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 3; 102/2008, de 28 de julio, FJ 3; 56/2009 y 57/2009, de 9 de marzo, FJ 2).

36 Nota: Seguramente la jurisprudencia española se ha referido únicamente a la declaración del coimputado cuando solamente afecta al otro imputado, en atención a la presunción de su inocencia que es en el fondo la que se ve afectada con esta prueba de cargo y es un elemento relevante al momento de decidir sobre su participación.

En este tema de la exclusión de las declaraciones de los coimputados, habrá que tener presente ante quién declararon ellos y en qué condiciones lo hicieron, pues dependiendo de la conjugación de esos factores se verá o no su pertinencia para el juicio posterior.

Para tales efectos, será muy útil el esquema (1) que se propone posteriormente en el capítulo siguiente, que fija los momentos y ante qué actores o intervinientes ³⁷ el imputado puede declarar.

El segundo tema genérico, de esta tesis, será el de la valoración que se haga de tales probanzas (testimonios del coimputado), por parte de los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, una vez que aquel ofrecimiento de prueba haya sido incorporado en el auto de apertura de juicio oral y, por supuesto, se haya rendido en el respectivo juicio.

Ahora bien, sobre este último punto, analizaré que tal declaración de un coimputado, en contra o a favor de otro, puede provenir del mismo juicio o bien, de otro diverso y que puede por ende, ser presencial, o bien estar contenida en alguna documentación que se ofrezca por el interviniente fiscal o querellante.

Debido a que una de las contingencias que pudiere darse y, que dice directa relación con el tema que me ocupa, es que el Ministerio Público puede separar o juntar investigaciones ³⁸ o puede decretarse la rebeldía de algunos coimputados y, en ambos casos, para el evento de pluralidad de imputados, aquellas opciones pudieren tener alguna incidencia en el juicio posterior de alguno de aquellos, también analizaré tal posibilidad, pues no toda formalización contra varios imputados por unos mismos hechos, tiene una única vía de solución en nuestro sistema o, si la tiene, a veces no se da al mismo instante y por la rebeldía de alguno se celebran dos juicios sobre los mismos hechos para cada imputado.

Como ya dije, como presupuesto base de esta investigación, daré por entendido que una acción (u omisión) que revista caracteres de delito puede ser cometida por más de un sujeto.

Pues bien, partiré de la premisa de que un individuo ha sido llevado a juicio, y no es, por cierto, el único responsable a quien el ente persecutor le presupone responsabilidad penal y, en consecuencia, existirán para y dentro de ese proceso punitivo, dos o más responsables del mismo hecho, es decir, un imputado y uno o más coimputados.

37 Nota: Los intervinientes están señalados por el legislador procesal punitivo en el artículo 12 del CPP y son los siguientes: fiscal, imputado, defensor, víctima y querellante.

38 Véase el artículo 185 del CPP.

Aquí no me adentraré en la responsabilidad individual de cada sujeto, sino que analizaré cómo la actuación de uno o más coacusados, coencartados o coimputados, durante las distintas fases del proceso penal, puede afectar o beneficiar a su(s) compañero(s) de delito.

2.- Algunos conceptos básicos

De la lectura de la introducción de esta investigación y del apartado precedente, aparecen diversas palabras o períodos oracionales, de un claro significado jurídico procesal, que nos interesa aclarar previamente.

Comenzamos por la palabra **coimputado**, a la que hacemos sinónima de las voces coencartado, coencausado, coenjuiciado y coacusado.

Para los efectos de esta investigación, partiremos señalando qué es lo que ha entendido nuestro legislador procesal penal por la voz "imputado".

Tomando como premisa la norma del artículo 7° del Código del ramo, el imputado *"es la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia"*.

Entonces habrá un coimputado, toda vez que este procedimiento no se dirija en contra de un solo sujeto, sino que, al menos dos, porque también pueden ser más.

Usando la misma terminología del Código Procesal Penal, un coimputado será, entonces, la otra(s) persona(s), aparte del imputado, a quien también se le atribuyere participación en un hecho punible.

Es decir, cuando la imputación sea plural en cuanto al sujeto a quien se le atribuye participación en un hecho de interés criminal, estaremos frente a una co-imputación o imputación plural, que es la que interesa para la presente investigación.

Quiero llamar ahora la atención sobre un punto que parece para esta tesis crucial como veremos y que responde a la siguiente interrogante **¿hasta cuándo se es imputado?**

El artículo 7 del Código Procesal Penal señala que se es imputado hasta la *"completa ejecución de la sentencia"*, es decir, se requiere que el sujeto haya cumplido la pena que se le imponga, si ella es condenatoria, o bien, en el caso de ser absolutoria que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada.

Otro de los períodos oracionales que interesan explicitar son "en un mismo juicio" o "en otro diverso".

Lo normal frente a una imputación única, sea ésta de uno o más hechos, es que sea dirigida en contra de un solo sujeto, y que, además, lo sea en un único procedimiento.

Pero esto puede ocurrir también con respecto a una pluralidad de imputados (coimputados), es decir, cuando todos sean juzgados en un mismo proceso y que termine para todos ellos en una misma instancia final, esto es un juicio común para todos, lo que podría ser tanto en un procedimiento simplificado, uno abreviado o en un juicio oral.

En consecuencia, cuando los coimputados sean juzgados conjuntamente en un mismo tipo o clase de procedimiento, ya sea el ordinario o uno de los especiales reseñados, siempre las declaraciones de los coimputados se prestarán en un mismo juicio.

A su vez, estas declaraciones de los coimputados, en un mismo juicio, como veremos posteriormente, podrán prestarse de dos maneras.

Una, de manera presencial, es decir cuando el coimputado decida prestar declaración en un juicio, renunciando a su derecho a guardar silencio, en la oportunidad prevista en la ley ³⁹ y la otra, cuando en un segundo juicio se cite como testigo al coimputado que ya declaró en el primer juicio; de forma no presencial, cuando se den en el marco de un juicio oral, alguna de las hipótesis de las letras c),d) o e) del artículo 331 del Código del ramo, o se ofrezca por el interviniente respectivo como prueba documental o como prueba nueva, un documento en que conste la declaración del coimputado.

Lo interesante del nuevo sistema procesal penal, es que lo anterior, que pudiere estimarse como lo normal, esto es – la posibilidad de declaraciones en un mismo juicio - tiene importantes excepciones.

En otras palabras, es completamente admisible que no todos los coimputados tengan una misma y única solución a lo largo del proceso penal y que, en ese marco, los coimputados presten declaraciones en un juicio diverso, declaración que, por supuesto va a ser incorporada al juicio del actual sujeto juzgado.

Una de las posibilidades que se puede dar al efecto, es la siguiente: un interviniente – fiscal, querellante constituido en acusador adherido o particular o un defensor – ofrecen rendir como prueba nueva, durante la realización misma del juicio oral, la agregación de una sentencia dictada en un procedimiento oral o abreviado, donde se haya juzgado, por los mismos hechos a otro(s) coimputados del juicio oral de que se trate.

Sobre este punto hay una jurisprudencia ⁴⁰ reciente de la Corte Suprema, que establece que la agregación de tal antecedente – la sentencia del procedimiento abreviado de otros coimputados – no afecta la garantía del artículo 335 del Código Procesal Penal.

En efecto, una de las características del sistema procesal punitivo imperante, es la facultad de discrecional restringida, en opinión de **DUCE y RIEGO** ⁴¹ que tiene el ente persecutor fiscal, de donde se infiere que pueden darse soluciones distintas dentro de alguna de las fases del proceso, a dos o más coimputados.

Es decir, el Ministerio Público puede elegir dentro de todas las opciones que le proporciona el sistema, una persecución única y común para todos, o bien la aplicación de procedimientos distintos o la aplicación de salidas alternas para algunos de ellos y también, la facultad de formular diversas acusaciones. ⁴²

Curiosamente, el Juez de Garantía puede también, en el marco de una audiencia de preparación de un juicio oral, dictar autos de apertura de juicio oral separados, cuando aquél estime que de ser conocida la acusación enderezada en contra de distintos imputados, en un mismo juicio, pudiere o “*provocar graves dificultades en la organización o el desarrollo del juicio*” o bien, se cause “*detrimento al derecho de defensa*”, siempre y cuando, agrega el legislador, “*ello no implicare el riesgo de decisiones contradictorias*”. ⁴³

Pero también puede suceder, que la realidad de los hechos, fuerce al Ministerio Público a lo anterior.

Estoy pensando, por ejemplo, en la situación de la reproducción o lectura de la declaración del coimputado rebelde, a que se refiere la letra d) del indicado artículo 331 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

También, imagino el caso de que se decida llevar a un mismo juicio a dos acusados y que, sin embargo, se declare la rebeldía de uno de ellos, ⁴⁴ entonces sólo se le haga

40 Nota: La Corte Suprema, en sentencia de fecha 12 de julio de 2010, en autos Rol 3003-10, expuso en uno de sus considerandos que se transcribe: DUODÉCIMO: “*Que la decisión del tribunal, en tanto se sustenta en la imposibilidad de aportar al juicio los antecedentes relativos a la tramitación de un procedimiento abreviado, lo que es ajustado a derecho, no se condice con el mérito del pleito, dado que, en la especie, el ofrecimiento de prueba nueva quedó acotado únicamente al texto de la sentencia, prueba documental de cargo que no se encuentra excluida por el artículo 335 tantas veces citado, por lo que, como lo sostuvieron los recurrentes, no existe fundamento legal que reprima la posibilidad de incorporar como prueba de cargo, la copia del laudo emitido en procedimiento abreviado contra otros imputados*”. Fuente: correo institucional enviado por Daniela Romero Fariña-Periodista Dirección de Comunicaciones Poder Judicial en correo de fecha 12-07-2010. FALLO CORTE SUPREMA CASO PGE, que se puede encontrar en vínculo internet visitado el día 15 de julio de 2010 http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAKAABUQRAM&consulta=100&glosa=&causa=3003/2010&numcua=24272&secre=UNICA.

41 Nota: Sobre “Mecanismos de Oportunidad o Discrecionalidad en el Proceso Penal Chileno”, véase el apartado III del Capítulo VI de la obra “*Proceso Penal*” de MAURICIO DUCE J. Mauricio RIEGO R, Cristián, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1ª Edición, mayo de 2007, págs.199 a 216.

42 Véase el artículo 274 del CPP

43 Ídem cita anterior.

44 Véase los artículos 283 y 252 inciso final del CPP

el juicio al presente y, con posterioridad, habido el rebelde, se le haga un segundo juicio por un nuevo tribunal imparcial y allí el fiscal o la defensa decidan incorporar al presente juicio, la sentencia del juicio anterior del otro coimputado, donde aquél declaró ya sea en contra o a favor del actual acusado.

Las situaciones anteriores, explican que perfectamente se puede llevar al juicio de un imputado, una declaración prestada por un coimputado en un juicio diverso.

También he mencionado la palabra declaración, la que hago sinónima de testimonio, aserto, atestado, pero referida en esta investigación al coimputado.

La locución “declaración” en la cuarta acepción del Diccionario de la Lengua española es “la deposición que bajo juramento hace el testigo o perito en causas criminales o en pleitos civiles, y la que hace el reo sin llenar aquel requisito”.⁴⁵

Entonces, la declaración del coimputado, será para esta tesis, toda deposición que haga en el mismo juicio o en otro diverso, un coimputado, sin previo juramento o promesa, sino sólo exhortado a decir verdad,⁴⁶ sea mencionando su propia participación en los hechos o exculpándose de aquellos o bien, incriminando o exculpando en ellos, a otros imputados.

Cabe traer aquí a colación, que otras legislaciones noveles en materia de procesos penales en América, como es el caso de Colombia, al menos en su texto⁴⁷ no excluyen

45 Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) Vigésima Primera Edición, edición digital 1992- Espasa Calpe.

46 Nota: Véase al efecto el inciso 3° del artículo 98 de nuestro CPP, que no hace otra cosa que consagrar como uno de los derechos que la Constitución le asegura a todas las personas de que “en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio”, como recoge el literal f) del N°7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, norma constitucional, que a su vez, hace eco de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 14. 3 literal g) que dispone como derechos: “A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”, igual cosa ocurre en la Declaración Americana de Derechos del Hombre ó Pacto de San José de Costa Rica que establece en su artículo 8. Garantías Judiciales. N°2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y N°3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”, normas eso sí, que no expresan nada en lo relativo a la prohibición de juramento o promesa. Pero, en general los sistemas de derecho europeo continental (que no comprenden el derecho anglosajón) excluyen el juramento de verdad al imputado, al efecto En el art. 387 LECr española: “No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas”; cfr. también en América, por ejemplo, el art. 93 CPrP de Bolivia: “en ningún caso se exigirá juramento al imputado”; cfr. el art. 135 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua de México, que dispone: “Prohibiciones. En ningún caso se requerirá al imputado protesta de decir verdad, ni será sometido a ninguna clase de coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos ni reconveniones tendientes a obtener su confesión.”

47 En Códigos de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 – Ley 600 de 2000, “Colección Códigos Básicos”, Legis Editores S.A., Bogotá, sexta edición, año 2007, págs. 123 y 124; El art. 394 de la Ley N° 600 (2000) y Ley N° 906 (2004) - Código de Procedimiento Penal de Colombia –dispone: “Acusado y coacusado como testigo. Si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este Código”. Las expresiones “como testigo” y “comparecerán como testigos bajo la gravedad del juramento”, contenidas en el presente artículo, fueron declaradas exequibles en sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-782, julio 28 de 2005, en la causa MP Alfredo Tulio Beltrán Sierra, cuando se señaló por dicho Tribunal: “Condiciones para declarar en el propio juicio. Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al

la posibilidad del juramento cuando quien desee declarar sea el acusado o coacusado. Sin embargo, tal situación fue conocida por la Corte Constitucional de ese país, sentando la que estimamos una correcta interpretación de la norma, como en el resto de las legislaciones hispánicas para sin excluir el juramento de las declaraciones de los acusados, al menos, aminorar sus efectos.

Luego, si parto de la base de que las declaraciones de los coimputados pueden tener lugar en un mismo juicio o en otro diverso, explico de inmediato, que hago sinónimos, a este efecto las voces juicio y proceso, es decir, puede el coimputado declarar a lo largo del mismo proceso, en cualquiera de sus fases, cuando hablamos del mismo juicio.

O bien, ellas pueden tener lugar en un proceso o juicio diferente, como ya expliqué, como cuando se pretende incorporar por alguno de los intervinientes ⁴⁸ una declaración o "especie de declaración" que un coimputado prestó en un juicio diverso, ya sea un procedimiento abreviado u otro juicio oral o bien mediante una salida alterna como un acuerdo reparatorio o una suspensión condicional del procedimiento.

Nótese que empleo las locuciones "especie de declaración" y no "declaración" tratándose de las dos salidas alternativas indicadas, pues en mi opinión, como se verá más adelante, aunque la mayoría sostenga que la aceptación de tales salidas no es una declaración o reconocimiento de nada, en mi opinión significan algo más que la sola renuncia a un juicio oral, pues en la aceptación de la suspensión del proceso sujeto a condiciones pactadas con el fiscal o el acuerdo de carácter patrimonial o no, con la víctima, en el fondo, ambos institutos llevan implícita una aceptación de los hechos por los que se formalizó a los coimputados, pues en uno y otro caso lo sujetan a determinadas condiciones, requisitos o cargas que afectan su libertad o su patrimonio y esas obligaciones que se imponen ellos mismos, tienen desde luego, una razón de ser en la existencia de una formalización previa por parte del ente persecutor fiscal, en la averiguación de un ilícito penal, en palabras bastante más simples, ningún inocente estaría dispuesto a convenir una suspensión del proceso a prueba o un acuerdo reparatorio.

Como podrá advertir el lector, se ha referido en este apartado la posibilidad cierta de que la declaración de un coimputado tenga lugar en las distintas fases de un mismo proceso o bien, en otro distinto, lo que nos lleva forzosamente a detenernos en el actual proceso penal, por excelencia, el procedimiento ordinario de acción penal pública y examinar su estructura.

sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o las que se la hagan por la fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio".

48

Véase el artículo 12 del CPP

3.- Las Distintas Fases del Procedimiento Ordinario de Acción

Pública

Antes de entrar a determinar cuándo o en qué momento un coimputado puede prestar declaración en o dentro de un proceso penal, señalo que éste está compuesto de distintas etapas, parcelas o compartimentos.

En efecto, para explicar más acertadamente el tema, establezco que el procedimiento ordinario actual, está dividido en fases o etapas bastante diferenciadas unas de otras, donde cada una de ellas tiene su propio propósito.

Lógicamente, dentro de cada una de estas fases, un coimputado puede declarar, afectando o beneficiando a otro imputado.

De la sola lectura de los nombres de los Títulos I, II y III del Libro II del Código Procesal Penal, se advierten tres fases o etapas del Procedimiento Ordinario: La "Etapa de Investigación", la de "Preparación del Juicio Oral" y la de "Juicio Oral".

HORVITZ y LÓPEZ señalan que la etapa de investigación – a la que ellos le añaden la locución o voz "preparatoria", consiste "en la indagación preliminar, por parte del ministerio público y la policía, de los hechos denunciados que revistan caracteres de delito".⁴⁹

A su vez, los mismos HORVITZ y LÓPEZ, indican que la función principal de la siguiente etapa, que es la de preparación de juicio oral, "es el control, por parte del juez de garantía, de la corrección formal de la acusación o acusaciones y de la validez y pertinencia de las pruebas ofrecidas por las partes".⁵⁰

Por último, según los indicados HORVITZ y LÓPEZ, el juicio oral es la etapa central del nuevo procedimiento, donde los jueces del tribunal de juicio, que son colegiados, "deciden sobre la acusación formulada en base a las pruebas rendidas durante el juicio y a las alegaciones de las partes, debiendo emitir su decisión de absolución o condena al término de la audiencia".⁵¹

El hecho de que el proceso ordinario sea dividido en diversas etapas no es algo nuevo entre nosotros, ya el Código de Procedimiento Penal, distinguía las fases de sumario, de plenario y de sentencia.

49 HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. "Derecho Procesal Penal Chileno – Principios, Sujetos Procesales, medidas Cautelares, Etapa de Investigación", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1° Edición, mayo de 2002., pág. 443.

50 *Ibid.*, pág. 444.

51 *Ibidem* cita anterior.

Respecto de la primera tal estatuto decía: *"La existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario"*. ⁵²

Esta idea la volvía a remarcar más adelante, cuando se refería el mismo Código a la conclusión de dicha fase, señalando: *"Practicadas las diligencias que se hayan considerado necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices y encubridores, el juez declarará cerrado el sumario"*. ⁵³

Luego el legislador de antaño, refiriéndose a la nueva etapa que se abría una vez concluido el sumario, indicaba en una de sus disposiciones: *"No podrá elevarse a plenario un proceso por crimen o simple delito sino en contra de las personas que están sometidas a proceso"*. ⁵⁴

Esta fase comenzaba con la dictación que hacía el juez del crimen de la acusación de oficio, allí aquél dejaba *"testimonio de los hechos que constituyen el delito o los delitos que resultan haberse cometido y la participación que ha cabido en él, o en cada uno de ellos, al reo o a los reos de la causa, con expresión de los medios de prueba que obran en el sumario para acreditar unos y otras"*. ⁵⁵

Una de las curiosidades del antiguo régimen procesal penal, era que en esta fase del plenario podía el acusado renunciar a la práctica de diligencias probatorias, así se indicaba: *"Puede el reo renunciar a la práctica de las diligencias del juicio plenario y consentir en que el juez pronuncie sentencia sin más trámite que la acusación y su contestación"*. ⁵⁶

Por último, venía la fase o etapa de sentencia, que era aquella en que el juez simplemente decidía si condenaba o absolvía al acusado de la acusación de oficio que aquél le había enderezado, luego de valorar tarifadamente la prueba producida, tanto en la fase de sumario, como en la de plenario, recordándose, como ya se dijo, que el enjuiciado podía renunciar a rendir prueba en esta fase.

Hoy la renuncia a la fase de prueba del plenario, conformándose el acusado con las probanzas rendidas en la fase de sumario parece ilógica, sin embargo, no podemos cerrar los ojos ya que si nos fijamos en el procedimiento abreviado contemplado en el nuevo proceso penal, hay una especie de renuncia a controvertir las probanzas de la fase de investigación en un juicio oral futuro, renunciando a aquél y conformándose con las mismas y aceptando su mérito por parte del acusado.

52 Véase el artículo 108 del C de PP
53 Véase el artículo 401 del C de PP
54 Véase el artículo 403 del C de PP.
55 Véase el artículo 424 del C de PP
56 Véase el artículo 449 del C de PP

Similar situación ocurre, en mi opinión, con las convenciones probatorias⁵⁷ que acuerde un coimputado con el ente persecutor y querellante si lo hubiere, al amparo de la norma del artículo 275 del Código Procesal Penal.

Es interesante apreciar que en ambas legislaciones, la pretérita y la de hoy, existían distintas parcelas de un sólo proceso, donde cada una de ellas tenía una determinada finalidad, pero siempre, antes y hoy se ha entendido que ellas constituyen simplemente, las partes que conforman un todo, esto es, un proceso penal y que tiene un único objeto, en palabras de COUTURE “resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión”.⁵⁸

En un comparativo sencillo de las dos últimas legislaciones que han cobijado nuestro sistema procesal penal, apreciamos que ambas aparecen constituidas en tres fases.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal, la primera de ellas se denominaba “sumario”, hoy el Código Procesal Penal la intitula “investigación”, ambas persiguen un mismo objetivo, tal era antes y es hoy, el de aunarle al investigador – antes juez del crimen, hoy fiscal – elementos que acreditasen la existencia de un hecho punible y la participación en aquél de alguna persona, en calidad de autor, cómplice o encubridor.

La segunda fase o etapa, se denominaba en el antiguo sistema “plenario”, en el actual la constituiría la de “preparación del juicio oral”, ambas fases parten de una misma actuación, la dictación de una acusación, antes de oficio por el Juez del Crimen y hoy por el fiscal.

Sin embargo, como ya advertimos, el acusado en el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal podía prescindir de rendir nueva prueba en esta fase, admitiendo como válida y eficaz la rendida en la fase sumarial.

Como ya adelantamos, curiosamente con el procedimiento abreviado en el nuevo sistema del Código Procesal Penal, ocurre algo muy similar, dado que allí los elementos de la investigación pasan a constituirse en la prueba relevante que el Juez de Garantía debe tener en cuenta para resolver sobre la condena o la absolución, puesto que se entiende que el acusado al aceptar ir a este novel proceso, acepta también los hechos de la acusación como los elementos en que se funda tal investigación.⁵⁹ Pareciera que en este procedimiento especial

57 Nota: conceptualizo las convenciones probatorias como “la facultad que se le da a un juez de garantía para que pueda dar por acreditados, ciertos hechos, que algunos intervinientes en conjunto le soliciten o bien que él mismo les ha propuesto y que se compadecen tanto con el mérito de la carpeta investigativa – donde constan las fuentes mismas – y con sus alegaciones, los que se insertan en una resolución judicial denominada “auto de apertura de juicio oral”, llegando así a conocimiento del Tribunal del Juicio y a los que deberá estarse en el juicio oral, prohibiéndose en tal sede discusión alguna sobre el particular”.

58 COUTURE, Eduardo: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 2° edición, año 1966, pág. 121 y 122.

59 Véase el inciso 2° del artículo 406 del CPP

hay una especie de acto mágico, donde las fuentes de prueba (antecedentes de la fase de investigación) se convierten, con la aceptación de ir al procedimiento abreviado por parte del acusado y en la conformidad que el mismo hace a ellas y a los hechos que se le imputan, en “medios de prueba” en la sentencia, sin controversia alguna de su mérito.

Empero, si se optaba por rendir prueba en el antiguo sistema, se pasaba a la fase de plenario y en esta misma fase se ofrecían y rendían las probanzas.

Respecto a este punto hay divergencias entre el antiguo y el nuevo sistema.

Hoy la finalidad de esta segunda fase del proceso es distinta, simplemente la de ofrecer y depurar la prueba que está ofrecida, la que se rendirá en la fase subsecuente, esto es, la del Juicio Oral y además, se hará ante un Tribunal distinto que es colegiado.

En cuanto a la última fase, esto es, la de “sentencia” y “juicio oral”, respectivamente, las finalidades son distintas en ambos institutos procesales.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal, simplemente el mismo juez valoraba de manera tasada la prueba producida en ambas fases (sumario y plenario) ó sólo en la primera de ellas – cuando la defensa renunciaba al período probatorio- y luego dictaba sentencia, pudiendo incluso, decretar nuevas probanzas mediante las llamadas “medidas para mejor resolver”, ⁶⁰ que el legislador contemplaba como facultades privativas del juez en dos casos.

Así se establecía que: *“el secretario, sin demora, presentará los autos al juez, quien, dentro del plazo fatal de seis días, los examinará para ver”: 1) si se ha omitido alguna diligencia de importancia y 2) si creyere necesario esclarecer algún punto dudoso, mandará practicar las diligencias conducentes, determinándolas con toda precisión, y disponiendo que se proceda con la posible brevedad”*. ⁶¹

En cambio, en el nuevo sistema, jueces distintos a los que han participado en las dos fases previas – de investigación y de preparación del juicio oral – reciben ante ellos la prueba que se rinde en el juicio oral, luego la valoran en un sistema de libre convicción racional o de sana crítica y finalmente dictan sentencia.

La excepción al esquema propuesto, de que sean distintos los jueces que fallen de los que hayan participado en las fases preliminares, se da en algunos procedimientos especiales, como el abreviado, el simplificado y el monitorio, donde el mismo juez que ha participado cautelando garantías en las fases iniciales, es el que decide.

60 Véase artículo 499 del C de PP

61 Ídem cita anterior.

Eso sí, cabe resaltar que, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo sistema, hoy un organismo autónomo y jerarquizado – el Ministerio Público⁶² – es quien “*dirige en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible*” y luego acusa en todos los procesos penales señalados.

4.-De dónde nace la posibilidad de la existencia de varios coimputados en un proceso penal

Por lógica, diré que la posibilidad de que existan varios coimputados se da primero en el plano de la realidad social, donde simplemente dos o más personas, concertadas o no, deciden realizar una acción cualquiera, que a su vez es constitutiva de un hecho punible, y que por ende, interesa al derecho penal y procesal penal, donde podrá o no haber reparto de roles entre los que coparticipan, porque la clave simplemente, es que dos o más sujetos afecten o lesionen un bien jurídico determinado y puedan ser enjuiciados conjunta o separadamente por los mismos hechos.

El sistema de justicia criminal que nos rige, presupone que cualquier persona puede comunicar al Ministerio Público, a la Policía, a Gendarmería de Chile (sólo para delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios) o a cualquier tribunal con competencia criminal (Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal), la ocurrencia de un hecho que revistiere las características de delito, es decir, denunciar.⁶³

Ahora bien, el legislador ha contemplado algunos requisitos mínimos para una denuncia, así, a modo ejemplar, entre otros; *la identificación del denunciante, su domicilio, una narración circunstanciada del hecho, la designación de quienes lo hubieren cometido, y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieran noticia de él.*⁶⁴

Desde donde concluimos a priori, que el denunciante (que pudiera o no ser la víctima, en los términos referidos en nuestro Código)⁶⁵ le deberá indicar al investigador quiénes y cuántos son los partícipes que cometieron el hecho criminoso.

La regla general, en materia de recibimiento o recepción de denuncias, es que ésta ocurrirá ante la policía.

Cuando aquel colaborador de la justicia reciba una noticia criminis, se le establece por el legislador una inmediata obligación, tal es, comunicarla al fiscal de turno.⁶⁶

62 Véase el artículo 83 de la CPRCH de 1980.

63 Véase el artículo 173 del CPP

64 Véase el artículo 174 del CPP

65 Véase el artículo 108 del CPP

El incumplimiento de tal carga, los hará incurrir en la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal, o en aquella que señalen disposiciones especiales, en lo que correspondiere.⁶⁷

Cuando el fiscal tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía promoverá la persecución penal, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar, salvo en los casos previstos en la ley.⁶⁸

Con lo dicho hasta ahora, se sabe que si se le comunica al fiscal que hay una actuación de pluralidad de denunciados en un hecho que revistiere caracteres de delito, aquél no puede, ni debe soslayar la existencia de uno o más de aquellos para el proceso.⁶⁹

En suma, el fiscal deberá determinar sí de la denuncia y de las actividades iniciales de la misma investigación surgen elementos que acrediten, al menos, embrionariamente, la participación culpable de uno o más de aquellos que se le presenten como denunciados.

Hasta aquí diré que llega la fase inicial, que comienza con la denuncia, que es de carácter extrajudicial, dado que por regla general, no interviene un juez de garantía y que denomino de "pre-formalización", para distinguirla claramente de la que deviene a futuro y que presupone, como requisito de existencia y validez, la existencia de "*la comunicación que haga un fiscal a un imputado, en presencia de un juez de garantía, acerca de la existencia de una investigación en su contra, por uno o más delitos determinados*"⁷⁰ que no es sino, la llamada formalización de la investigación.

De allí que se pueda hablar en esta fase de investigación, de una "pre y post-formalización", distinguiendo si se ha o no formalizado la investigación en contra de una persona.

Respecto de la posibilidad de la existencia de varios denunciados, cabe también hacer presente lo ya dicho, para el evento de que una investigación criminal tenga su inicio,

66 Véase el artículo 84 del CPP

67 Véase el artículo 177 del CPP

68 Véase el artículo 16 inciso 2º del CPP

69 Nota: en otros Códigos Procesales Penales de América, como por ejemplo el del Estado de Chihuahua, se permite al fiscal ejercer el principio de oportunidad respecto de algunos inculcados en delitos de asociación ilícita, al efecto el artículo 83 del CPPCH de Chihuahua señala: "Principios de legalidad procesal y oportunidad. El agente del Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando: II. Se trate de la actividad de organizaciones criminales, de delitos que afecten seriamente bienes jurídicos fundamentales o de investigación compleja, y el imputado colabore eficazmente con la misma, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados que tengan funciones de dirección o administración dentro de las organizaciones criminales, y siempre que los hechos que motivan la acción penal de la cual se prescinda, resulten considerablemente más leves que aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita;

70 Véase el artículo 229 del CPP

justamente, por la interposición de una querrela, en los términos autorizados por el Código Procesal Penal.⁷¹

Pues, allí también se da la posibilidad que existan varios “querellados” que, dentro del proceso, serán coimputados o coacusados, según se desprende claramente de la oración genérica que utiliza el literal c) parte final del artículo 113 del Código Procesal Penal, cuando dispone: *“Si se ignoraren dichas determinaciones - refiriéndose al nombre, apellido, profesión u oficio y residencia del querellado, o una designación clara de su persona -, siempre se podrá deducir querrela para que se proceda a la investigación del delito y al castigo de el o los culpables”*.

Ahora, adentrándome en el tema, diré que las posibilidades de actuación de los denunciados o querellados múltiples son variadas en esta fase embrionaria de la investigación, a saber.

4.1.- Posibilidades de actuación de los denunciados o querellados en la fase de investigación

a) mantener una actitud pasiva

Los denunciados o querellados, pueden no hacer nada frente a una denuncia o querrela que se les interponga, ni en relación a cada uno de ellos, ni en relación a los demás compañeros que se encuentren en idéntica situación, lo que no conlleva nada de interés a la presente investigación, es decir, pueden ejercer un derecho, el de guardar silencio, como los faculta la oración inicial del artículo 93 literal g) del Código Procesal Penal.

b) ejercer actuaciones, como por ejemplo prestar declaración

Por el contrario, alguno de los denunciados o querellados puede decidir realizar alguna actuación dentro del proceso, por ejemplo, alguna de las contenidas en el artículo 91, o bien en las letras c), d) o g) del artículo 93 del citado cuerpo legal, es decir prestar declaración, que es lo que se analizará en el capítulo siguiente.

4.1.1.- formas en que puede llegar tal declaración al juicio

4.1.1.1.- de manera no presencial

En primer lugar, dejar en claro que la declaración inicial de un coimputado no siempre llegará de manera directa al juicio, es decir, prestada por el propio coimputado en la audiencia.

Perfectamente pudiere llegar por la vía de un testigo de oídas, por ejemplo, un policía que le escucha, esto es de manera no presencial.

Algunos autores como **POBLETE ITURRATE**,⁷² estiman que *“La declaración del imputado durante la investigación no será nunca medio de prueba. Ni en la hipótesis en que la policía pueda recibirla ni en ninguna otra ni aunque sea espontánea, puede la Fiscalía considerarla como medio de prueba”*.

Opinión contraria tiene el procesalista **TAVOLARI OLIVEROS**,⁷³ cuando concluye preliminarmente: *“no existe reparo esencial para conferir valor probatorio al testimonio de oídas referido a los dichos por los que el acusado reconoce su participación en el hecho penado por la ley”*.

También, de la misma manera (no presencial) en alguna de las hipótesis del artículo 331 del Código Procesal Penal, me refiero expresamente a la reproducción, mediante su lectura en la audiencia del juicio oral, de la declaración realizada por un coimputado rebelde prestada ante el juez de garantía o bien, cuando la no presencia de un coimputado al juicio, fuere imputable al acusado, letras d) y c) de la citada norma, respectivamente.

4.1.1.2.) de manera presencial pudiera llegar por las siguientes vías

a) Decide declarar en el juicio exhortado a decir verdad, como coimputado, en la oportunidad prevista en el artículo 326 del Código Procesal Penal.

b) O bien, es presentado en un juicio contra un co-imputado, como testigo de cargo o de descargo. En este caso, se discutirá sobre la posibilidad de exclusión de su

72 POBLETE ITURRATE, Orlando, en INFORMES EN DERECHO, Doctrina Procesal Penal 2001-2003, *“Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención”*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, año 2003, pág.51.

73 TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *“Instituciones del Nuevo Proceso Penal – Cuestiones y Casos”*, Capítulo II, La Prueba en el Proceso Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1ª edición, año 2005, pág. 167.

testimonio en la fase intermedia del juicio oral, cuando la fiscalía, un querellante o la defensa, deseen presentarlo como testigo.

c) Asimismo, podrá presentarse discusión sobre su exclusión, para el caso de que el Ministerio Público decidiera acompañar como documento la sentencia, dictada en un proceso distinto, ya sea otro ordinario o un abreviado, donde consten tales declaraciones.

Otras dos posibilidades pueden ocurrir durante el juicio oral, cuando el interviniente de que se trate – fiscal, querellante, defensor – soliciten al Tribunal de Juicio Oral agregar o bien una sentencia dictada en un procedimiento abreviado en contra de otros(s) coimputados(s) o bien, solicitan se le cite a declarar a coimputados condenados en el procedimiento abreviado, como prueba nueva.⁷⁴

Sobre estas posibilidades de declaración del coimputado a lo largo del proceso o, mejor dicho, las oportunidades que tiene para hacerlo dentro de las fases del juicio oral ordinario de acción penal pública, se tratará el capítulo siguiente.

74 Nota: En recurso de nulidad interpuesto por el CDE y el Ministerio Público, fundamentan las peticiones de la siguiente manera: "Acorde a tales sucesos el recurrente aduce como garantía conculcada de manera sustancial la del artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental, es decir, el debido proceso, a lo que adiciona el artículo 5° de la misma disposición superior en tanto amplía la concepción de este derecho, y el artículo 19, N° 26°, de esa compilación. Refiere que este derecho se vulneró al impedir la presentación de prueba para acreditar la pretensión del ente persecutor que coincide con la del querellante, violentando el principio de la libertad probatoria consagrado en los artículos 295 y 296 del Código Procesal Penal, en cuya virtud se permite comprobar los hechos por cualquier medio de convicción, producido e incorporado en conformidad a la ley, en la audiencia de Juicio respectiva, dogma que cobra realce cuando se trata de prueba nueva, como lo autoriza el artículo 335 de la aludida recopilación de leyes. Véase texto completo de la Sentencia de Nulidad Corte Suprema, 12 de julio de 2010, Rol Excm. Corte 3003-10, en anexo 5 de esta tesis.

INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO II

LAS DECLARACIONES DEL COIMPUTADO

NOMBRE	PÁGINA
Preámbulo del Capítulo II	39
1.- Las declaraciones del coimputado a lo largo del proceso penal	39
1.1.- Esquema	41
1.2.- Las Posibilidades de la Declaración del Coimputado	42
2.- Las posibilidades de actuación de un coimputado, coacusado o coencartado, en las distintas fases del proceso penal	51

INDICE GENERAL DEL CAPITULO II
LAS DECLARACIONES DEL COMITADO

PAGINA	TITULO
1	Declaración de los Comités
2	Declaración de los Comités en el momento de la adopción del presupuesto
3	Declaración de los Comités
4	Declaración de los Comités en el momento de la adopción del presupuesto
5	Declaración de los Comités en el momento de la adopción del presupuesto
6	Declaración de los Comités en el momento de la adopción del presupuesto
7	Declaración de los Comités en el momento de la adopción del presupuesto
8	Declaración de los Comités en el momento de la adopción del presupuesto

CAPÍTULO II

LAS DECLARACIONES DEL COIMPUTADO

Preámbulo del capítulo II

Este capítulo se desarrolla en base a un esquema (1) que pretende explicar de manera general que las declaraciones de los coimputados pueden ser extrajudiciales y judiciales, dependiendo de ante quiénes las presten aquellos, indicándose respecto de las primeras, que los coimputados pueden declarar ante la policía de manera natural o espontánea, voluntaria y provocada. A su vez, la voluntaria puede ser voluntaria propiamente tal y delegada. También puede serlo ante el fiscal o abogado asistente del fiscal, ante su defensor y ante un tercero, admitiéndose en este último evento dos posibilidades, dependiendo de si esos terceros están o no vinculados al proceso. Las clasificaciones anteriores llevan necesariamente, al tratamiento de las declaraciones de testigos de oídas. Por último, las declaraciones judiciales de los coimputados, pueden serlo ante un juez de garantía o ante un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Ante el primero de los nombrados trato la situación de las salidas alternativas como una "especie" de declaración y los temas del procedimiento abreviado y de la convención probatoria y ante el Tribunal de Juicio esbozo desde ya, que ellas pueden ser presenciales y no presenciales y, en el primer evento, en el mismo juicio o en otro diverso.

1.- Las declaraciones del coimputado a lo largo del proceso penal

De modo general, sostengo que el coimputado puede declarar tanto en sede extrajudicial, como en sede judicial y en cada una de las tres etapas ⁷⁵ del proceso tendrá una oportunidad y forma especiales para hacerlo.

De lo anterior se desprende que un coimputado puede prestar declaración inculpándose o exculpándose a sí mismo, o a otros que aparezcan o no involucrados en los mismos hechos, tanto en fase de investigación, intermedia o de preparación de juicio oral y la de juicio oral.

75 Nota: Coincido con HORVITZ y LÓPEZ, en Ob. Cit. pág. 443, en la existencia de una cuarta fase o etapa del proceso penal, como es la de ejecución de las sentencias condenatorias y las de medidas de seguridad, sin embargo, para los efectos de esta investigación, no aparece relevante lo que allí pudiere hacer o decir un coimputado, razón por la cual la he restringido sólo a las tres mencionadas.

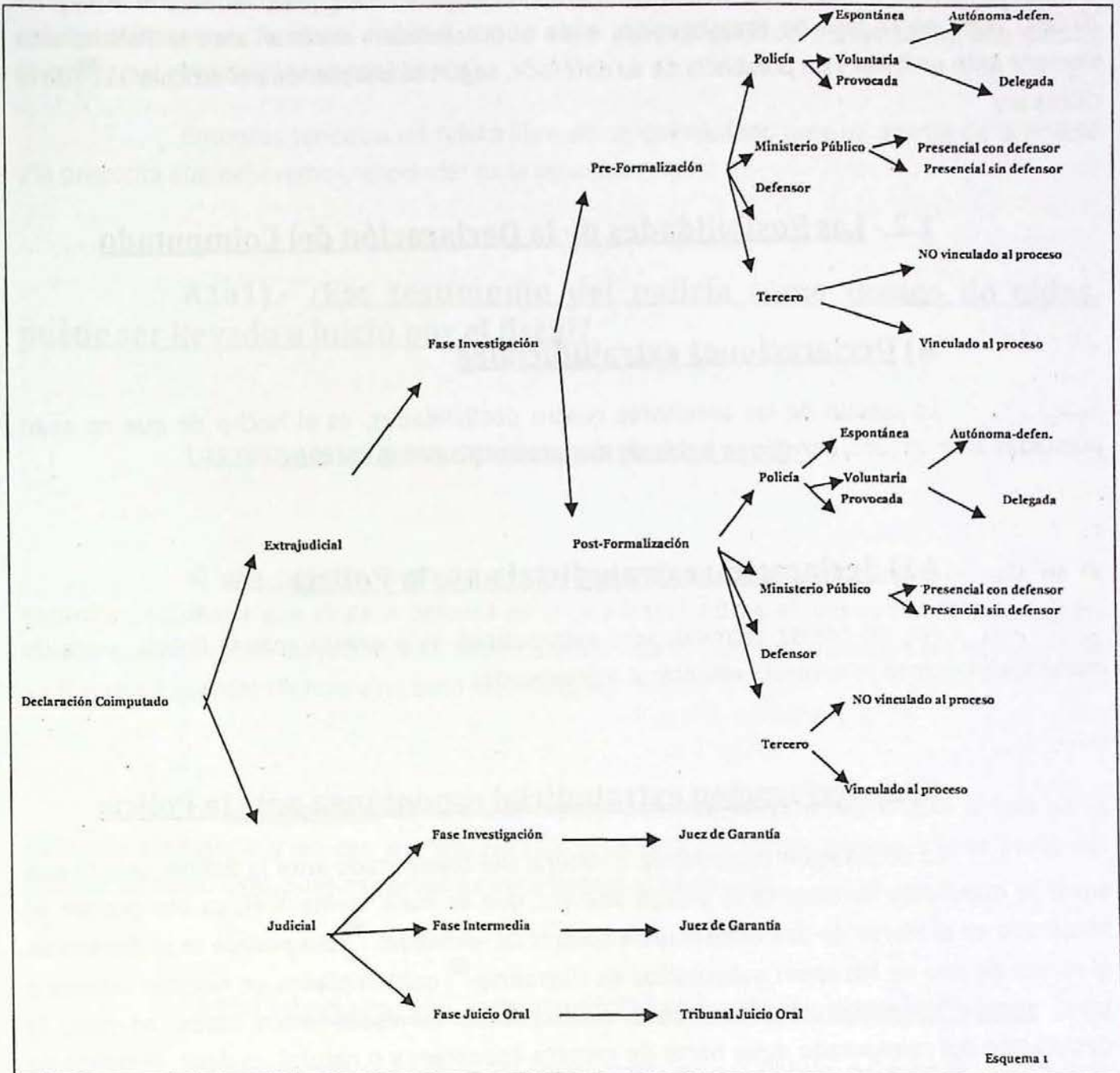
La fase de investigación la divido en dos sub fases, que yo he denominado de "pre-formalización" y de "post-formalización", - atento a sí ya se ha producido por parte del ente persecutor la formalización de la investigación en contra de uno o más imputados, conforme se faculta privativamente al Ministerio Público en el artículo 229 del Código Procesal Penal -, debido a que en estos dos momentos o sub etapas, el coimputado puede declarar y, entiendo que alguno de sus efectos pudieren ser distintos, según analizaré, dependiendo de ante quién preste dicha declaración el coimputado.

Esta distinción que hago no es nueva, ya **DUCE y RIEGO**, señalan algo similar cuando en la etapa de investigación preliminar, distinguen dos sub fases, "*la fase anterior a la intervención judicial (a la formalización de la investigación) y la fase posterior a la intervención judicial (a la formalización de la investigación)*" aunque esa distinción la basan ellos en una "*lectura estratégica de la misma (fase), que considere la operatividad de las distintas normas que la regulan*"; en otras palabras, a que entienden que alguna de las disposiciones de la etapa de investigación regulan, por un lado, un conjunto de situaciones en las que se permitiría al Ministerio Público y a la Policía "*desplegar la investigación criminal en un escenario relativamente cómodo para sus intereses*", es decir antes de que intervenga un juez de garantía; pues una vez formalizada ante él la investigación, tal actuación del juzgador es permanente y tiene una finalidad "*contralora de la actividad investigativa del Ministerio Público*".⁷⁶

Lo que realmente importa, es que quede de manifiesto que un coimputado puede declarar en las tres fases del proceso penal, como se verá en el siguiente esquema.

76 DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián: "Proceso Penal", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1° Edición, mayo de 2007, págs.132 a 134.

1.1.- Esquema



Esquema 1

A modo de introducción y antes de entrar a explicar en detalle el esquema anterior, se aprecia que en la fase de investigación, ya sea en cualquiera de las sub fases mencionadas, de "pre y post – formalización", un coimputado puede prestar declaración extrajudicial, básicamente ante cuatro categorías de personas o estamentos, la Policía, el Ministerio Público, un Defensor y Terceros.

En relación a estas posibilidades que un imputado tiene para declarar, hay que hacer una salvedad en relación con los menores adolescentes, ⁷⁷ regulados por la Ley N° 20.084, pues en la fase de investigación, ellos nunca pueden declarar ante la Policía, sino siempre ante un fiscal y en presencia de su defensor, según se desprende del artículo 31 ⁷⁸ de la citada ley.

1.2.- Las Posibilidades de la Declaración del Coimputado

A) Declaraciones extrajudiciales

Lo común de las anteriores cuatro posibilidades, es el hecho de que no sean prestadas ante un juez, por ello se habla de declaraciones extrajudiciales.

A1) declaración extrajudicial ante la Policía

Así, en primer término, será extrajudicial, si la presta ante la Policía, - sea de manera espontánea (o natural), voluntaria o provocada.

A1a) declaración extrajudicial espontánea ante la Policía

La declaración espontánea o natural del coimputado ante la Policía, será la que aquél le manifieste libremente al policía una vez que se halle frente a él, ya sea porque es fiscalizado en el marco de una diligencia de control de identidad, ⁷⁹ sea porque se le detiene en el marco de uno de los casos autorizados de flagrancia ⁸⁰ contemplados en nuestro sistema o bien, porque concurre voluntariamente a un policía, en todos estos casos, además, la declaración del coimputado debe nacer de manera espontánea o natural, es decir, el policía no debe haber indagado nada previamente.

77 Nota: El artículo 3° de la Ley N° 20.084, señala que: "La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes".

78 Nota; en lo pertinente, el artículo 31 de la Ley N° 20.084 dispone; "El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad".

79 Véase el artículo 85 del CPP

80 Véase el artículo 130 del CPP

Simplemente el coimputado está frente a él y le expone libremente lo que estima pertinente, inculpándose de algún hecho, exculpándose del mismo o bien inculpando o exculpando a otros. También el policía no le debe haber alcanzado a advertir de uno de sus derechos, tal es el de guardar silencio.

Entonces tenemos un relato libre de un coimputado ante un agente de la policía y la pregunta que deberemos responder es la siguiente:

A1a1).- ¿Ese testimonio del policía como testigo de oídas, puede ser llevado a juicio por el fiscal?

Las respuestas a esa interrogante pueden ser dos:

a) **una positiva**, esto es, el ofrecimiento de esta prueba salva la valla de la exclusión probatoria que alega la defensa en la fase intermedia y el dilema estará entonces en el valor que le asignen los jueces a tal relato, puesto que el sujeto no alcanzó a ser advertido de su derecho a guardar silencio y no auto incriminarse.

b) **una negativa**, es decir, el ofrecimiento de tal prueba no pasa el test de la exclusión probatoria y en ese evento, no hay problema de futura valoración por parte del tribunal de Juicio Oral, pues esa prueba nunca llegará al juicio oral.

A1b).-declaración extrajudicial voluntaria ante la Policía

La declaración voluntaria del coimputado ante la Policía, en cambio, nace desde el momento en que aquél, advertido de su derecho a guardar silencio, renuncia voluntariamente a tal prerrogativa y declara inculpándose de algún hecho, exculpándose del mismo o bien inculpando o exculpando a otros.

A su vez ésta declaración voluntaria del coimputado ante la policía, puede tener dos modalidades, atento a si está o no presente su defensor. ⁸¹

81 Nota: para el caso de los imputados adolescentes, de conformidad a lo previsto en el artículo 31 de la Ley Nº 20.084 siempre debe estar presente el defensor del menor cuando aquél desea declarar ante el fiscal.

A1b1).-declaración judicial voluntaria ante la Policía sin defensor del imputado

Así, si el defensor no está presente, la policía sólo puede limitarse a indagar la identidad del sujeto. Si así y todo el coimputado desea prestar declaración voluntaria, la policía debe comunicar tal situación al fiscal, caso en el cual pasamos a la segunda fase del esquema, pero, si ello no fuere posible, la policía puede consignar las declaraciones que aquél se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal, esto es lo que se llama, con "delegación" del fiscal.

A1b2).- declaración judicial voluntaria ante la Policía con la presencia del defensor del imputado

En cambio, si el defensor está presente, puede el coimputado declarar libremente lo que manifieste, previo asesoramiento del letrado.

Lo interesante de las declaraciones que un coimputado de a la Policía voluntariamente, ya sea con o sin su defensor y, advertido previamente de sus derechos, es que estará colaborando con la investigación y ella debe seguir desarrollándose por el fiscal, ya que como bien sostiene POBLETE ITURRATE,⁸² *"desde la perspectiva de la persecución penal, entonces, lo que declare el imputado voluntariamente no es irrelevante, interesa, y por lo mismo el Código se ocupa de sus declaraciones, pero la persecución debe desarrollarse, si puede decirse, al margen de esas declaraciones o más preciso, sin reconocerles valor probatorio"*.

A2).-declaración extrajudicial ante el Fiscal o el abogado asistente de fiscal

En segundo lugar, la declaración del coimputado puede ser prestada voluntariamente ante el fiscal y aquí puede o no estar presente el defensor,⁸³ y es presencial, dado que se presta exactamente ante él, pero aquí el legislador le da pautas al fiscal para tal procedimiento, si es que se trata de su primera declaración.

Luego de la modificación legal con la llamada "agenda corta",⁸⁴ se facultó a los abogados asistentes de los fiscales para que pudieran tomar aquella declaración al imputado, pese a que el artículo 194 del Código Procesal Penal no lo señala expresamente, ello queda

82 POBLETE ITURRATE, Orlando, Ob. Cit. Pág.50

83 Nota: salvo que se trate de un menor adolescente, véase citas 77 y 78.

84 Nota: la Ley es la N°20.053 publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de marzo de 2008.

claro luego de leer el actual artículo 332 del mismo cuerpo legal, que señala que una vez que el acusado haya prestado declaración en el juicio, se puede hacer uso de lectura de declaraciones anteriores, prestadas ante el fiscal o "el abogado asistente del fiscal, en su caso", para "apoyo de memoria", "demostrar o superar contradicciones" o "solicitar aclaraciones pertinentes".

Asimismo, de la interpretación armónica de estas normas, con la del artículo 132 del Código Procesal Penal, donde se faculta al abogado asistente para "formalizar", bajo expresa facultad del fiscal, se infiere que cuando el legislador quiso que el abogado asistente actuara con su mandato expreso lo exige en la norma, tal como ocurre en la disposición legal en comento, luego, en los demás casos, cuando no lo señala, debe concluirse que no requiere el abogado asistente del fiscal autorización o mandato expreso de delegación de facultades para tomarle declaración voluntaria al coimputado.

A3).- declaración extrajudicial voluntaria ante un tercero

En tercer término, el coimputado puede prestar una declaración extrajudicial ante un tercero o particular que esté o no vinculado al proceso.

En lo referente a la subclasificación de terceros o particulares vinculados o no al proceso, hago tal distinción básicamente en razón de lo siguiente.

A3a).- declaración extrajudicial voluntaria ante un tercero no vinculado al proceso

Si un coimputado declara ante un tercero, siempre lo hará voluntariamente.

Nunca un particular podrá obligarlo a prestar tal declaración - salvo que se ocupe en ello la tortura u otro método degradante de la voluntad - caso en el cual tales asertos no pueden tener ningún valor para el sistema.

Luego, este particular o tercero ante quien declara voluntariamente el coimputado, no estará nunca vinculado al proceso.

De aquél no depende tal circunstancia, así sólo podrá comparecer como testigo de cargo o de descargo si es que el interviniente respectivo – fiscal, querellante ó defensor – tienen noticia de que aquél tuvo conocimiento "extrajudicial" de una declaración que ante ellos prestó un coimputado.

A3b).-declaración extrajudicial voluntaria ante un tercero vinculado al proceso

En cambio, hablamos de particular o tercero vinculado al proceso, cuando, en razón de una diligencia de investigación, ya sea de cargo o de descargo, por ejemplo una pericia determinada o un examen de primeras atenciones médicas, una persona indague preguntándole al coimputado sobre los hechos, - con lo que, a contrario del caso anterior, su declaración no será tan voluntaria - reciba su versión y luego, sea citado como perito o testigo a un juicio a deponer, entre otras cosas sobre lo escuchado a aquél y donde se consigne ella en una parte del informe pericial - la anamnesis⁸⁵ - la que luego es ofrecida como medio de prueba en la fase intermedia y que rinde o evacua el testigo o perito en la fase de juicio oral, cuando depone.

Muchas veces los facultativos se refieren libremente a la versión de los hechos que el examinado les dio en el marco del examen que practicaron al coimputado, trayendo al juicio tal versión, o bien, ocurre lo mismo cuando el interviniente respectivo, los interroga sobre el particular.

Este es también un testimonio de oídas⁸⁶ que da el experto facultativo sobre la versión de los hechos del coimputado.

En todos estos casos mencionados, quien deponga luego en juicio sobre lo escuchado a un coimputado, será un testigo de oídas.⁸⁷

Cabe preguntarse entonces, si las declaraciones de los coimputados, de carácter extrajudicial, pueden luego ser traídas a un juicio por la boca de testigos de oídas, es decir, si mantienen en poder de este tercero el carácter de medio de defensa o pasan a ser un medio de prueba.

Este tema se analizará más adelante en esta tesis, desde dos perspectivas, la primera, en cuanto a la admisión o inadmisión de los referidos, como testigos de oídas para un futuro juicio oral y la otra, desde el prisma de la valoración de sus dichos, por parte del Tribunal, en el evento de que pasen el filtro de la exclusión probatoria y aquéllos depongan en el juicio oral como testigos.

85 Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) Vigésima Primera Edición. edición digital 1992- Espasa Calpe: medicina: "Parte del examen clínico que reúne todos los datos personales, hereditarios y familiares del enfermo, anteriores a la enfermedad".

86 Nota: el artículo 319 del CPP, hace aplicable a los peritos las normas previstas para los testigos, de donde se infiere que el artículo 309 del citado cuerpo legal, les es aplicable.

87 Nota: nuestro sistema procesal punitivo acepta la declaración de los testigos de oídas, según se desprende claramente del artículo 309 del CPP, cuando dispone: "Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando....sí los hubiere oído referir a otras personas".

Para **POBLETE ITURRATE**, el derecho del coimputado a guardar silencio y no autoincrimarse es absoluto, ⁸⁸ en términos que él refiere que si la “fiscalía la aprovecha como medio de prueba, si utiliza la declaración como prueba incriminatoria, hace uso de un medio de prueba prohibido (estaría utilizando una confesión) y vulnera los derechos de defensa y al silencio y a la no autoincrimación. Si se usa a la policía para que testimonie sobre lo mismo, sobre la declaración incriminatoria del imputado, incurre en igual ilícito, vulnera las mismas normas (por una vía distinta, la de la declaración testifical, estaría reproduciendo una confesión)”.

B).- Declaración Judicial

También, puede por supuesto un coimputado, declarar ante el Juez de Garantía en esta fase preliminar o de investigación, lo anterior convertirá esa declaración en una judicial.

B1).-Ante el Juez de Garantía al acordar acuerdos reparatorios

Asimismo, puede el coimputado prestar una “especie de declaración”, en el marco de la salida alterna del acuerdo reparatorio, sólo en fase de “post-formalización”, pues ella sólo puede darse una vez que se haya formalizado la investigación respecto del coimputado. ⁸⁹

Aquí lógicamente un imputado al acordar tal salida alterna con la víctima, está de alguna manera reconociendo su propia participación culpable en los hechos investigados, por ello hablo de una “especie” de declaración, pues la lógica indicaría que nadie estaría dispuesto a celebrar acuerdos reparatorios a favor de una víctima si es que no fuera a su vez responsable de tales hechos, hay aquí una “confesión implícita” al celebrar tal salida.

Acordada aquella, solucionará su propia situación, empero, si hubiere otros coimputados, “el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo”. ⁹⁰ Luego, nos preguntamos si la existencia de tal salida alterna para uno de los encartados puede o no perjudicar a los otros.

Adelanto desde ya, que el legislador ha ideado como cortapisa, para estos casos, el artículo 335 del Código Procesal Penal.

88 POBLETE ITURRATE, Orlando, Ob. Cit. Pág.51

89 Véase el artículo 245 del CPP

90 Véase el artículo 244 del CPP.

Discutiré entonces, si tal norma es aplicable sólo al imputado que concurrió a la salida alterna, o bien la norma está también pensada, genéricamente, para los coimputados.

Una jurisprudencia ⁹¹ de la ICA de Iquique, ha revocado una resolución del juzgado de Garantía que excluía como probanza ofrecida por el ente persecutor, la declaración de una coimputada beneficiada con una salida alterna, estimando que ella puede perfectamente, declarar en juicio oral como testigo de cargo de sus coimputados.

B2).-Ante el Juez de Garantía al acordar una suspensión condicional del procedimiento

El coimputado puede también acordar ante el Juez de Garantía una suspensión condicional del procedimiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 237 del Código Procesal Penal, allí en mi opinión también presta una “especie de declaración” al acordar tal

91 Sentencia de la ICA de Iquique, Rol 20-2006, de fecha 6 de marzo de 2006, extraída de vínculo internet visitado 15 julio de 2010: http://www.puntotex.cl/prod_ppp/585/article-8108.html, que señala: “Quinto: Que no obstante, de lo escuchado en el registro de audio de la audiencia de preparación de juicio oral, como de lo expuesto por los intervinientes en la vista del recurso, se advierte que el cuestionamiento formulado por la defensa de los imputados O.V y T.V. a que se incorpore como prueba el testimonio de A.A.Z., deriva de la circunstancia que ésta tiene la calidad de imputada en los mismos hechos por los cuales se les ha acusado, habiendo sido en cambio beneficiada con la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, por lo que en caso de prestar declaración se perturbaría su derecho a guardar silencio. Sin embargo, tal premisa no resulta verdadera, por cuanto la propia ley procesal contiene exigencias y presupuestos de hecho que significan resguardos para evitar la afectación de derechos fundamentales, y además, es claro que doña A.A.Z. no tendrá en el juicio oral la calidad de imputada o acusada. Sobre el particular, cabe tener presente que el artículo 298 del Código Procesal Penal indica que toda persona que no se encuentre legalmente exceptuada tiene la obligación de concurrir al llamamiento judicial con el fin de prestar declaración testimonial, lo cual se ve corroborado por el artículo 309 del mismo texto legal al señalar que en el procedimiento penal no existen testigos inhábiles, y a su turno, el artículo 305 le confiere el derecho de negarse a responder preguntas sobre hechos que puedan acarrearle peligro de persecución criminal o auto incriminarla, facultando, por último, el artículo 306 al Tribunal para no tomar juramento a aquellos de quienes sospechare pudieren haber tomado parte en los hechos investigados. En consecuencia, las normas relativas a los testigos que se contienen en el Código Procesal Penal, no permiten excluir a aquellos presentados por el Ministerio Público en la acusación por el sólo hecho que hayan tenido la calidad de imputados, o bien porque hayan sido objeto de alguna salida alternativa. De este modo, ningún derecho o garantía fundamental, ni de los acusados O.V. y T.V., ni de la mencionada A.Z. se puede ver perturbado con el testimonio que ésta pueda rendir en el juicio oral, lo que lleva a desestimar el argumento del señor juez a quo en cuanto a que su testimonio afecta las garantías fundamentales del debido proceso y de la no autoincriminación, sin perjuicio del valor o fuerza probatoria que pueda asignarse a su testimonio, lo cual corresponderá determinar, en su momento, a los jueces del Tribunal de Juicio Oral, de acuerdo a los parámetros y exigencias que señala la propia ley. Sexto: Que en cuanto a que de aceptarse el testimonio de A.A.Z. se infringiría la prohibición establecida en el artículo 335 del Código Procesal Penal, acerca de invocar antecedentes que digan relación con la suspensión condicional del procedimiento de que fue objeto la testigo, baste señalar que los antecedentes a que se refiere dicha norma se relacionan con aquellos que hubieren sido discutidos o propuestos con los acusados del juicio, pero no con quienes pudieren ser presentados en otras calidades, de manera que el sentido de dicha norma no puede ser de la amplitud que sostiene el juez a quo. Luego, la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento a que fue sometida la testigo A.A.Z., no la inhabilita o inhibe de prestar declaración en el respectivo juicio oral, en el que, como se ha dicho, no tiene la calidad de acusada. Séptimo: Que de la manera expuesta, los sentenciadores concluyen que el testimonio de A.A.Z., y el registro de audio de su declaración anticipada, signada con el N° 7 del título Otros medios de prueba de la acusación de la Fiscalía, no han sido obtenidos con infracción o vulneración de alguna garantía constitucional, que habilite al Juez de Garantía para excluirlos del respectivo auto apertura, por lo que al no corresponde su exclusión basado en un requisito que la ley no contempla, la decisión adoptada en tal sentido deberá ser enmendada por medio del presente recurso de apelación, el cual será acogido, disponiéndose la incorporación de los referidos medios de prueba, que fueran ofrecidos por el ente persecutor en su acusación. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 277 y 352 y siguientes del Código Procesal Penal, SE REVOCA la resolución apelada dictada en la audiencia de preparación de juicio oral de veintitrés de enero del presente año, en cuanto excluyó del auto de apertura de juicio oral el testimonio de A.A.Z. y el registro de audio de prueba anticipada signado con el N° 7 del epígrafe Otros medios de prueba de la acusación del Ministerio Público, y en cambio se decide que ellos quedan incorporados en el auto de apertura de igual fecha, como pruebas que podrá rendir la Fiscalía. Regístrese, dése a conocer a los intervinientes, sin perjuicio de su notificación por el estado diario. Devuélvase la carpeta con su respectivo registro de audio. Redacción del Ministro señor Pedro G. Gutiérrez. Rol I. Corte N° 20-2006.

salida alterna con el fiscal, rigen las mismas apreciaciones señaladas para los acuerdos reparatorios.

Entonces, al igual que en el caso anterior habrá que ver si puede incorporar la resolución sobre la suspensión condicional del procedimiento de un coimputado, en el juicio oral de otro coimputado.

B3).-Ante el Juez de Garantía al acordar un procedimiento abreviado

Además, un coimputado puede prestar “una especie” de declaración, al aceptar, en fase intermedia del proceso ordinario, la imposición de un procedimiento especial, como es el procedimiento abreviado.

Pues, como se verá, de la normativa del Código Procesal Penal, aparece como requisito esencial de tal procedimiento que “el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento”.⁹² Cabrá aquí hacer el mismo análisis de la norma del artículo 335 del Código Procesal Penal.

Como ya se podrá haber advertido, existe una amplia gama de posibilidades, en el marco de un proceso penal, para que el coimputado declare y como se verá luego, en el análisis del tema, relativo a las oportunidades en que un coimputado puede declarar y ante quién lo hace, no es algo baladí, pues señalo y explico más adelante, que la valoración de esos testimonios en el mismo juicio o en otro diverso, será distinta en cada caso particular de que se trate. Igual cosa ocurrirá con el tema de su posible exclusión por parte del juez de garantía.

B4).-Ante el Juez de Garantía, en uso de su derecho de prestar declaración ante aquél en cualquier fase (investigación o intermedia) del procedimiento

El artículo 98 del Código Procesal Penal prescribe: “Durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere.

La declaración judicial del imputado se prestará en audiencia a la cual podrán concurrir los intervinientes en el procedimiento, quienes deberán ser citados al efecto”.

B5).- En la fase intermedia, cuando el imputado acuerde convenciones probatorias sobre hechos que afecten a los coimputados

En efecto, el artículo 275 del Código Procesal penal regula las convenciones probatorias y perfectamente, en uso de aquellas el coimputado puede prestar una especie de declaración, al acordarlas con el fiscal y querellante, no sólo en lo relativo a su propia participación, sino que en relación a los restantes coimputados, incriminándolos.

B6).-Ante el tribunal de Juicio Oral, cuando el coimputado desee prestar declaración como mecanismo de defensa en su propio juicio

Lógicamente, el coimputado puede decidir declarar ante el Tribunal del Juicio Oral, renunciando a su derecho a guardar silencio, como se desprende, claramente de lo prevenido en los artículos 98 y 326 del Código Procesal Penal, cuando se trate de su propio juicio.

B7).-Ante un Tribunal de Juicio Oral, cuando el coimputado sea citado como testigo a prestar declaración en un juicio que no es el suyo

Esto puede ocurrir de dos maneras:

Primero: Es citado como testigo en la acusación penal por el fiscal o acusador particular o adherido, o bien por la defensa en la audiencia de la etapa intermedia.

Segundo: No aparece como testigo en el listado respectivo y durante la secuela del juicio, algún interviniente pide su citación como prueba nueva.

2.- Las posibilidades de actuación de un coimputado, coacusado o coencartado, en las distintas fases del proceso penal

Para una mejor y adecuada comprensión de las distintas hipótesis de trabajo de esta tesis, estimo necesario hacer un paneo previo y general, de las posibilidades de actuación del coimputado en las distintas fases del proceso penal, explicando el ya referido esquema (1) señalado en el apartado anterior 1.1 de este capítulo II.

La razón de lo anterior, estriba en saber y conocer de antemano, que en cada una de esas etapas, que son tres – fase de investigación – fase intermedia y – fase de juicio oral – es factible que uno o más coimputados diga o haga algo, en relación a otro(s) de su(s) coencusado(s) y que, esos dichos o acciones, pudieren repercutirle de alguna manera favorable o desfavorable, al que está siendo actualmente juzgado.

2.1.- La gran clasificación dual de los dichos del imputado – dependiendo de ante quien aquél la presta

Como ya señalé, en cuanto a la posibilidad que tiene un sujeto coimputado para declarar, puede de manera genérica subdividirse aquella, en las dos siguientes clasificaciones básicas, la extrajudicial y la judicial.

Como analizaré, la declaración que pueda dar un coimputado en sede de un proceso penal, puede ser o no prestada ante el Juez de Garantía o del Tribunal del Juicio.

2.1.1.- La Declaración Judicial del coimputado

Si la presta ante un Juez, ya sea de Garantía o ante un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, esta será siempre una declaración judicial.

Sus efectos al final podrán ser distintos, según se detallará en el desarrollo de la tesis.

La declaración judicial será la otorgada ante un Juez, que, a su vez podrá tener lugar en cualquiera de las tres fases del proceso, haciendo presente que en las dos primeras – de investigación e intermedia – lo será siempre ante un Juez de Garantía y, sólo en la fase de juicio oral, ante un Tribunal de Juicio Oral en lo penal.

En la fase de investigación pre-formalización, uno ó más de los denunciados o querrellados puede *“solicitar directamente al juez (de Garantía) que cite a una audiencia, - a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él – con el fin de prestar declaración sobre los hechos*



materia de la investigación”,⁹³ donde podrá, lógicamente, confesar o no su participación, o bien inculpar o exculpar directamente a otro de los involucrados.

2.1.1.1.- Ante el Juez de Garantía

En el caso de la declaración judicial del coimputado, que ocurre ante el Juez de Garantía, cabe decir por ahora, que tal prerrogativa es un derecho o garantía del imputado, según se desprende de lo preceptuado en el artículo 93 literal d) del Código Procesal Penal.

A esta diligencia, que es siempre voluntaria del coimputado, puede ocurrir aquél con o sin su abogado, con la finalidad de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación, donde podrá confesar o negar su propia participación, o bien inculpar o exculpar de los hechos a otro imputado, que es lo que interesa a esta investigación.

Esto porque si el coimputado decide voluntariamente declarar, no es obligatorio que a tal diligencia concorra su abogado como manifiesta el propio literal d) del artículo 93 del Código Procesal Penal. Tal asunto, sin embargo, pareciera no ser tan claro al tenor de lo dispuesto en el artículo 98 del mismo cuerpo legal, que hace directa relación al artículo 326 del citado Código, que da la posibilidad de que el letrado defensor interroge al imputado.

La garantía anterior que le asiste a todo coimputado, cabe relacionarla con el enunciado normativo⁹⁴ - siguiendo en esta denominación a SQUELLA NARDUCCI -, del artículo 98 del Código del ramo, donde se señala que “durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas⁹⁵ el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere”.

2.1.1.2.- Respecto de la Declaración Judicial propiamente tal de un Coimputado ante el Juez de Garantía, existen variados tópicos de interés⁹⁶

La declaración siempre se prestará en audiencia pública.

Los intervinientes podrán ocurrir a ella y deberán ser citados al efecto.

93 Véase el artículo 93 literal d) del CPP

94 Nota: Véase sobre el particular – diferencias entre enunciado normativo y norma jurídica- SQUELLA NARDUCCI, Agustín: “¿Qué es el Derecho?”, Editorial Jurídica de Chile, Manual Jurídico N° 120, 1° Edición, Santiago de Chile, mayo de 2007, pág.36.

95 Nota: Las etapas ante el Juez de Garantía en que actúa el coimputado pueden ser sólo dos, la de investigación y la intermedia.

96 Véase el artículo 98 del CPP

La declaración del coimputado no podrá recibirse bajo juramento o promesa de decir verdad, sólo exhortado a ella si también se le está juzgando en el mismo juicio.

¿Si el coimputado comparece en calidad de testigo, porque no se trata de su propio juicio, se le debería juramentar? Esto se verá más adelante.

Regirá, correspondientemente lo dispuesto en el artículo 326 del Código Procesal Penal.⁹⁷

Esta declaración judicial dada por el coimputado ante el Juez de Garantía puede tener interés en el tema de la valoración futura que de ella pudiera hacerse, en la fase del juicio oral, en la sentencia que se dicte en el respectivo procedimiento.

Así, si el coimputado está rebelde y prestó declaración judicial ante el Juez de Garantía, el registro donde ella constare (de audio o escrito) podría ser llevado al juicio de un coimputado que está siendo juzgado en un juicio oral, merced al enunciado normativo del literal d) del artículo 331 del Código Procesal Penal.

Otro de los eventos en que pudiera utilizarse, en un juicio de un imputado la declaración de otro coimputado prestada o no ante un Juez de Garantía, es la del literal c) del citado artículo y Código, es decir, cuando la no comparecencia del coimputado fuere imputable al acusado del juicio.

2.1.1.2.1.- Cabe aquí, en mi opinión, hacer una precisión que no hizo el legislador y que es la siguiente

El coimputado que no concurre a declarar – por alguna razón que se le imputa al acusado (la que debe acreditarse) – debe estar presentado necesariamente como testigo de la Fiscalía o de la Defensa, pues sólo en ese caso se entiende que se pueda utilizar la norma o regla de excepción del enunciado del artículo 331 literal c) del Código Procesal Penal, que la entiende como una regla excepcional “*donde pueden reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de.... coimputados*”.

Es decir, si se está juzgando a un sujeto imputado en un juicio y se acredita que el coimputado en calidad de testigo, no va a concurrir a declarar - por un hecho atribuible al

97 Nota: El artículo 326 del CPP, otorga la posibilidad al acusado de declarar en el juicio oral, luego de escuchados los alegatos de apertura de los distintos intervinientes. De aquella norma se desprende que en primer término el acusado (coimputado) manifiesta libremente lo que creyere respecto de la acusación (los hechos indagados o la formalización), luego puede ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden. Finalmente el juez (de garantía) pudiere formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos.

sujeto juzgado -, podrán, en ese caso incorporarse, mediante su lectura o la reproducción del registro de la declaración (judicial) anterior del imputado (testigo) no presente.

La precisión se hace porque la norma anterior constituye una excepción a la regla general, contemplada en el artículo 329 del Código Procesal penal, donde se señala que *“su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 331 y 332”*, pero para que ocurra ello, es menester que previamente aparezca en la lista de testigos a que se refiere el artículo 259 del Código Procesal Penal.

2.1.1.3.- Las “Especies de Declaraciones” de los Coimputados al amparo de algunas Salidas Alternas y del Procedimiento Abreviado

En los apartados anteriores se analiza el caso de un coimputado que preste declaración judicial propiamente tal ante el Juez de Garantía, esto es, formalmente declara sobre los hechos que se le imputan.

Sin embargo, puede ocurrir perfectamente que un coimputado acuerde con la víctima un acuerdo reparatorio y su coimputado no lo haga, ⁹⁸ entonces el fiscal o querellante ofrezcan llevar como prueba para el juicio oral del futuro coimputado la resolución en donde consta que aquél celebró con la víctima el acuerdo reparatorio.

La verdad es que nadie acepta un acuerdo reparatorio con una víctima sí no es responsable de tal hecho, luego, esta “especie de declaración” que no es más que una confesión o reconocimiento implícito de los hechos que hace el coimputado al acordar tal salida alterna, puede ser ofrecida como prueba futura para el otro coimputado por el fiscal.

Igual situación podría darse, respecto de un coimputado que celebre con el fiscal una suspensión condicional del procedimiento.

Más frecuente aún, es la terminación del asunto para un coimputado mediante el procedimiento abreviado, mientras otro coimputado llega a un juicio oral. En muchos casos veremos que el fiscal ha acompañado al actual juicio del coimputado, la sentencia del procedimiento abreviado donde se condenó al otro coimputado.

Recordemos que el coimputado que acepte la imposición de un procedimiento abreviado, renunciando a su derecho a un juicio oral y público, debe aceptar libre, voluntaria y expresamente la efectividad de los hechos que se le imputan y los elementos de cargo que

98 Nota: de la parte final del artículo 242 del CPP aparece claramente la posibilidad de que un coimputado celebre tal acuerdo y otro no: “...con lo que se extinguirá, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado”.

constan en la carpeta de la investigación que lo fundamentan, según se extrae claramente de los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal, donde normalmente como hubo coparticipación, los hechos estarán redactados en forma tal, que no tan solo acepte la suya, sino que inculpe a uno o más coimputados.

2.1.1.4.- La situación especial de la convención probatoria que acuerda un coimputado, en lo que dice relación con su propia participación y la de los restantes coimputados

El artículo 275 del Código Procesal Penal dispone que: *“Durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que de por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia.*

Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieran por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral”.

De allí entonces, que resulte primordial analizar este tema, pues, si bien en si misma esta no es propiamente una declaración técnicamente hablando, sin embargo es prestada por el coimputado, toda vez que aquél, de consuno con el fiscal y querellante, si lo hubiere, le proponen al juez de garantía que de por acreditados ciertos hechos, los que luego no podrán discutirse en el juicio oral.

La convención probatoria la defino de la siguiente manera a la luz del texto legal ya citado: “es la que consiste básicamente en la facultad jurisdiccional que se le da a un juez de garantía para que pueda dar por acreditados, ciertos hechos, que algunos intervinientes en conjunto le soliciten o bien que él mismo les ha propuesto y que se compadecen tanto con el mérito de la carpeta investigativa – donde constan las fuentes mismas – y con sus alegaciones, los que se insertan en una resolución judicial denominada “auto de apertura de juicio oral”, llegando así a conocimiento del Tribunal del Juicio y a los que deberá estarse en el juicio oral, prohibiéndose en tal sede discusión alguna sobre el particular”.

Otro concepto lo aportan HORVITZ y LÓPEZ,⁹⁹ señalando que *“Las convenciones probatorias constituyen acuerdos de los intervinientes sobre hechos no controvertidos del procedimiento que, al ser aprobados por el juez de garantía, dispensan de la carga de probarlos a través de los medios de prueba legal, hechos que luego no podrán ser discutidos durante el debate”.*

Cuando se discutió el Proyecto del Código Procesal Penal presentado al Congreso, sobre la aludida norma el Senado *"Resolvió, asimismo, incorporar otro artículo nuevo (275), sobre convenciones probatorias, que permite al fiscal, querellante e imputado solicitar al juez de garantía que se den por acreditados ciertos hechos en los que están de acuerdo, para que no sea preciso rendir prueba sobre ellos en el juicio oral, lo que tiene la ventaja para los intervinientes de concentrarse en aquellos hechos que sí son controvertidos. El tribunal podrá hacer proposiciones y rechazar la solicitud, si la convención no se conformare con las alegaciones que los intervinientes hubieren hecho durante el procedimiento."*¹⁰⁰

Por su parte, la Fiscalía Nacional señaló respecto de las convenciones probatorias que *"el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado pueden solicitar en conjunto al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos, vale decir, celebrar convenciones probatorias. Estas sólo pueden recaer sobre los hechos o circunstancias que constituyen el objeto del juicio oral, es decir, sobre cuestiones de fondo y no pueden referirse a aspectos procesales. Se trata de determinar la cuestión controvertida entre las partes. Es obvio además que dentro del objeto del juicio oral también se encuentren las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y sobre éstas puede haber acuerdos probatorios en cuanto a los hechos que la sustentan. El juez de garantía puede proponer convenciones probatorias a los intervinientes (artículo 275). Estas convenciones encuentran fundamento en razones de economía procesal, en la medida que permiten que durante el juicio oral se rinda prueba exclusivamente respecto de hechos o circunstancias que son controvertidas entre las partes. Como se observa, la convención únicamente recae sobre hechos que no es necesario acreditar o rendir prueba, pero no se refiere a los medios probatorios que las partes estipulan omitir en el juicio oral a pesar de haber sido ofrecidos, como se ha interpretado erróneamente en algunas audiencias celebradas hasta ahora. En efecto, algunos jueces de garantía han incluido en las convenciones probatorias, los acuerdos de las partes en cuanto es innecesario proceder a dar lectura a los documentos acompañados durante el juicio oral. Esta es una práctica que es contraria al ordenamiento procesal y además vulnera las atribuciones propias del tribunal del juicio oral que es el órgano que debe decidir en qué casos se puede omitir la lectura de un documento, conforme lo establece el artículo 333. Por consiguiente, los fiscales deben oponerse y no deben prestar su acuerdo para que en la audiencia de preparación del juicio oral se disponga que un determinado documento o prueba no se lea o no se exhiba en el juicio oral por ser innecesario. Ello es una materia de competencia exclusiva del tribunal del juicio oral. Ahora bien, si se han celebrado válidamente convenciones probatorias y éstas han sido aprobadas por el juez de garantía sobre un hecho relevante, este hecho no podrá ser discutido en el juicio oral y tendrá que tenerse por acreditado en la sentencia que dicte el tribunal del juicio oral. Finalmente y dado que el tema de las convenciones probatorias fue introducido hacia el final del proyecto de Código Procesal*

100 PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *"Código Procesal Penal Anotado y Concordado"*, Segunda Edición actualizada y aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, febrero del año 2006, pág. 419

Penal, es necesario esperar un tiempo para que la interpretación de esta norma (Art. 275) se afine y precise por la jurisprudencia y doctrina".¹⁰¹

Ahora, en relación con este instituto probatorio de las llamadas convenciones probatorias, en definitiva los jueces son los únicos sujetos procesales que tienen competencia para decretarlas, ya sea aceptando las propuestas por las partes (intervinientes fiscal, querellante y acusado) o proponiéndoles a discusión las que él estime, y, aunque en el fondo los indicados intervinientes son los que deben "acordarlas", el juez debe visarlas, esto es, comparar los hechos propuestos con la información que nace o emana de fuentes de prueba que deben constar de la carpeta de la investigación fiscal, sólo así, el juez puede darle un origen lícito a ese acuerdo.

En la fase que el Código denomina de "Preparación de Juicio Oral", participan necesariamente, como intervinientes, el fiscal, el defensor y el imputado (que ahora debe ser llamado acusado) y, eventualmente, el querellante que puede o no constituirse en acusador particular o adherente y en demandante civil, de otro lado, se encuentra también, el juez de garantía.

El papel de los intervinientes por su parte será, - para el fiscal -, el de incorporar esa fuente de prueba en su acusación fiscal (enunciarla solamente) y luego, en conjunto con el defensor y/o acusado pueden solicitarle al juez de garantía que uno o más hechos que provengan de las fuentes de prueba, se conviertan en convenciones probatorias o bien, en aceptar las proposiciones que sobre el particular les formulare el citado juez.

Aquí, el rol o papel del Juez de Garantía es importantísimo y relevante para los efectos de esta tesis, dado que es él quien en definitiva puede "*dar por acreditados ciertos hechos*", para ello, deberá extraer la información que le proporcionen las distintas fuentes de prueba de la carpeta de investigación fiscal, corroborándola, que será en el fondo la valoración que de esa información haga, para luego concluir los hechos que, en sí, constituyen las convenciones probatorias y finalmente establecerlas en la resolución que dicte al final de la referida audiencia, esto es, en el auto de apertura del juicio oral.

Lo anterior, porque perfectamente pueda acordarse como convención probatoria algún hecho en que el acusado confiese su participación y, además, incrimine a sus coimputados.

Debo señalar, en primer término siguiendo aquí al magistrado español, **HERNÁNDEZ GARCÍA** ¹⁰² que "*por actividad probatoria en un sentido amplio debe entenderse*

101 FISCALÍA NACIONAL, REFORMA PROCESAL PENAL, INSTRUCCIÓN GENERAL N° 56, sobre la audiencia de preparación del juicio oral. Santiago, marzo 29 de 2001, que aparece en el siguiente vínculo de internet, visitado el día 4 de octubre de 2010. <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2056.doc>

el conjunto innominado de actuaciones que tiene como fin propio la verificación, la prueba, de las afirmaciones o evidencias del hecho controvertido”.

El profesor **MENESES PACHECO**, ¹⁰³ explica a su vez que “cabe hablar de la prueba en una visión tripartita, como actividad, medio y resultado”.

Sin embargo, me quedaré simplemente con las facetas duales explicadas por **HERNÁNDEZ GARCÍA**, pues, según explica claramente el citado autor, hay que distinguir entre: “la actividad probatoria como medio o camino para llegar a la decisión sobre los hechos y la actividad probatoria entendida como resultado, como objeto de la convicción judicial”.

En el fondo, ambos autores comparten una única visión sobre el tema, pues el profesor **MENESES PACHECO** habla de la prueba “como una actividad que se desarrolla al interior del proceso” ¹⁰⁴ y, el magistrado español, la da por supuesta en el marco de un juicio.

Ahora llevando lo anotado a las “convenciones probatorias” señalo que ellas nacen, o deben necesariamente emerger, de antecedentes que deben estar consignados por el ente persecutor en su carpeta de investigación fiscal. Esto no sería más que la llamada “fuente de prueba”, al decir de **Montero Aroca**, citado por el profesor **Claudio Meneses Pacheco** “lo que ya existe en la realidad”. ¹⁰⁵

Se verá que efectivamente las convenciones probatorias, son fruto de una actividad probatoria que tiene inicio en la fase de investigación, es decir se insertan dentro de la llamada actividad probatoria como medio, para arribar a alguna decisión sobre los hechos, sin embargo su tránsito es bastante más breve que en el resto de los casos (pues las demás fuentes se convierten en medios solamente en la etapa de juicio oral), sin embargo éstas no hacen tal camino.

Precisamente el juez de Garantías al “dar por acreditados ciertos hechos”, durante la etapa intermedia está realizando una actividad probatoria ya no como medio, sino que directamente como resultado, es decir como objeto de la convicción judicial, pues el hecho le aparece a los jueces del fondo ya “pre-establecido”, fijado de antemano, y sólo le restaría valorarlo jurídicamente, más no establecerlo.

102 **HERNÁNDEZ GARCÍA**, Javier; magistrado, Presidente de la Sección Cuarta, Penal, de la Audiencia Provincial de Tarragona en su artículo “El valor probatorio de la actividad investigadora de la policía judicial” Apuntes del Curso del Aula Iberoamericana, Cartagena de Indias, Colombia, año 2008.

103 **MENESES PACHECO**, Claudio, “Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil” en *Revista Ius et Praxis* Año 14, Vol. 2, pág. 45, extraída del vínculo de internet <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art03.pdf>.

104 **MENESES PACHECO**, Claudio, Art. Cit., pág.46

105 *Ibid.*, pág.50

Para entender más este punto, cabría decir, siguiendo al citado magistrado español ¹⁰⁶ que *“la actividad probatoria que aquél define, transita en las siguientes cuatro fases, que son:*

La *“obtención de fuentes de prueba”, que estarían constituidas por “los actos procesales o extraprocesales por los que se obtiene fuentes de información – subjetivas y objetivas, o de forma más clara, personas y cosas-, presumiblemente relevantes para un proceso judicial”.*

Luego vendrían *“Los actos procesales de incorporación de las fuentes al proceso”, que no sería más que la “aportación, en fase instructora; proposición de medios de prueba, en la fase de preparación del juicio oral o antes de su inicio en la comparecencia ad hoc prevista en la ley”.*

En seguida tendríamos *“La práctica de los medios de Prueba”, que son “los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juez de la decisión la información contenida en las fuentes”.*

Y, por último, *“El proceso de valoración de esa información por el Juzgador a efectos de comprobar su potencial confirmatorio de los hechos que conforman la hipótesis acusatoria o las pretensiones excluyentes o reductoras de culpabilidad o de antijuridicidad invocadas por la defensa”. Aquí es donde la actividad probatoria se transforma en resultado, porque aquél se formará o no la convicción de la existencia de esos hechos.*

Sobre lo que es un medio de prueba, simplemente cabría consignar la sencilla explicación de MONTERO AROCA, citada por el profesor MENESES PACHECO *“el cómo se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador”.* ¹⁰⁷

Si se aprecia, lo que en realidad ocurre con las convenciones probatorias, es que ellas tienen un comportamiento anómalo, en comparación con los restantes medios de prueba, en las anteriores cuádruples fases de la actividad probatoria del proceso penal chileno, es decir no transitan por todas ellas normalmente, pues hacen desaparecer algunas fases.

La regla general es que no haya posibilidad alguna de valoración alguna posterior para los jueces del juicio, porque en realidad no existiría medio de prueba alguno que valorar y de donde desprender hechos, pues el “hecho ya viene acreditado”, pre-establecido.

Esta es la idea matriz, que esconden las convenciones probatorias, en mi concepto, en ese tránsito rapidísimo de fuente a medio o, dicho en otras palabras, de actividad probatoria como medio a actividad probatoria como resultado.

106 HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, Art. cit. pág. 13

107 MENESES PACHECO, Claudio, Art. Cit., pág.46

En consecuencia, no es una valoración de la información contenida como hecho la que hace el Tribunal del Juicio, sino que, simplemente una verificación de tal información ya procesada como tal, con los demás medios de prueba que se puedan rendir en el juicio oral.

Desde ya, como el lector de esta tesis irá adivinando, yo estimo que ese re-examen es necesario e ineludible en el juicio oral, sólo cuando se hayan rendido en el juicio otros medios de prueba que incidan deformando o variando el hecho establecido en la convención probatoria.

Hay posiciones distintas en la jurisprudencia,¹⁰⁸ que han entendido que el hecho acordado en una convención probatoria pasa incólume de la resolución que la contiene a la sentencia, dejando sin embargo, subsistente la posibilidad de su valoración.

Como ya adelantamos, no cabe valoración alguna a su respecto.

Sin embargo, en una posición intermedia, creo que existen algunas hipótesis, en donde sí los jueces orales pueden trabajar en una especie de valoración de la información que contempla, a modo de conclusión de una o más fuentes de prueba, la convención probatoria.

Así ha sucedido en algunos juicios.

Sin embargo, en lo que interesa, estimo que perfectamente por intermedio de una convención probatoria un coimputado puede inculpar a otro, acordando un hecho que no requerirá prueba en el juicio oral, donde el primero, además de reconocer, por ejemplo, su propia responsabilidad en un hecho que acuerde con el fiscal, podrá también señalar autoría culpable de otro coimputado.

Entonces, respecto de su propia participación el coimputado que acuerda una convención probatoria estaría prestando una "especie" de confesión, pues simplemente acuerda la efectividad de un hecho que lo perjudica, sin dar detalles del mismo y, respecto del otro coimputado estaría prestando una "especie" de declaración.

108 Sentencia de la ICA de Valparaíso, rol 557 del año 2006; de fecha 23 de mayo de 2006 que en dos de sus considerandos señala: "Sexto: Que también debe considerarse que el auto de apertura del juicio oral, es una resolución judicial, dictada por el Juez de Garantía, que sólo puede ser impugnada por la vía del recurso de apelación por el Ministerio Público, en caso de exclusión de pruebas, recurso que se concede en ambos efectos, conforme lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 del Código Procesal Penal. En la especie, el auto de apertura no fue recurrido por el ente persecutor y, en consecuencia, quedó firme y ejecutoriado produciendo el efecto de cosa juzgada dada la naturaleza jurídica de esta resolución judicial, que es de sentencia interlocutoria de segunda clase, porque resuelve sobre un trámite que debe servir de base para la dictación de la sentencia definitiva posterior, que es la que corresponde dictar al Tribunal Oral. Séptimo: Que la competencia de que dispone el Tribunal del Juicio Oral se indica en el artículo 18 del Código Orgánico de Tribunales y que les confía el conocimiento y juzgamiento de las causas por crimen y simple delito, resolver las incidencias que se promuevan durante el juicio oral y conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal les encomiende. Del estudio de esta norma, puede concluirse que el Tribunal carece de facultades que le permita conocer de la impugnación de resoluciones dictadas por el Juez de Garantía, como tampoco posee facultades disciplinarias sobre estos jueces, por no ser Tribunal superior jerárquico de ellos, en virtud de las cuales pueda desconocer o dejar sin efecto una decisión de estos jueces. El efecto que naturalmente produce un auto de apertura del juicio oral ejecutoriado que es el de cosa juzgada, torna la decisión en irrevocable". Extraída del vínculo de internet: www.lexisnexis.cl LexisNexis Online. Número Identificador LexisNexis: 33175

Lo interesante de este tema es que, normalmente, el juez de garantías debería visar o corroborar el contenido de la "convención probatoria", como un hecho probado o acreditado previamente en otros antecedentes que consten en la carpeta de investigación fiscal. Sin embargo, puede perfectamente ocurrir que el coimputado que declara sobre su propia participación auto inculpándose a sí mismo y a otros coimputados, nunca antes haya declarado ante el fiscal o la policía y, en ese caso, el juez de garantía no tendría como verificar ese antecedente, luego, al momento de valorar aquella convención el Tribunal Oral, sólo deberá dar fe de su contenido si es que está conforme al mérito del resto de las pruebas del juicio, en caso contrario, la situación se advierte como muy complicada para el juzgador.

Cabe tener presente aquí, lo sostenido por HORVITZ y LÓPEZ, cuando señalan sobre el contenido que debería tener una convención probatoria, lo siguiente: *"Una última cuestión referida a esta materia, pero no por ello menos importante, dice relación con la extensión material de las convenciones probatorias. En otras palabras, ¿existen restricciones en cuanto al ámbito de hechos susceptible de convención probatoria? ¿Podría someterse a convención probatoria, por ejemplo, la existencia del hecho constitutivo del delito y dejarse para el juicio la producción de prueba para acreditar cuestiones de menor entidad, como el grado de participación culpable, las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal o la procedencia de medidas alternativas? La propia ley no establece restricciones. Sin embargo, las limitaciones surgen del fundamento de legitimación del juicio oral, único rito que permite que operen todas las garantías procesales, cuya función principal es asegurar que la decisión que se adopte judicialmente lo sea de un modo cognoscitivo y no meramente convencional. Esto significa que el mero acuerdo o consenso entre las partes sobre la existencia de un hecho o hechos no es un método aceptable para garantizar la determinación verdadera de los mismos en el ámbito del proceso, pues tal verdad -entendida como correspondencia con la realidad- sigue siendo la única forma de explicar racionalmente en qué consiste la justicia de la decisión".*

109

2.1.1.5.- Ante el Tribunal de Juicio Oral

Por último, según lo facultan el artículo 93 literal g) y 98 del Código Procesal Penal, *"Durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere",* y, en caso de *"consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento",* en tal evento, perfectamente puede el declarante (coimputado), inculpar o exculpar a otra persona por los mismos hechos que a él se le imputan.

Por su parte, el artículo 326 del Código Procesal Penal, indica uno de los momentos en que el coimputado puede declarar si lo desea:

“Defensa y declaración del acusado. Realizadas las exposiciones previstas en el artículo anterior, se le indicará al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8º.

Al efecto, se ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien podrá exponer los argumentos en que fundare su defensa.

Asimismo, el acusado podrá prestar declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas. Luego, podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden. Finalmente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos.

En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos”.

Asimismo y como ya hemos adelantado, un coimputado puede declarar en un juicio oral en el que no esté siendo enjuiciado, en calidad de testigo. ¹¹⁰

2.2.- La Declaración Extrajudicial del coimputado

Si el coimputado no presta su declaración ante un Juez (Jueces), hablaremos de declaración extrajudicial y normalmente la dará antes de ser formalizado, aunque bien pudiera darla después de acaecida dicha actuación procesal.

Ahora bien, aquella declaración extrajudicial puede prestarla el coimputado, ante la Policía, ante el Fiscal o ante un tercero.

2.2.1.- Declaración extrajudicial del coimputado ante la

Policía

Normalmente el coimputado dará una declaración extrajudicial, ante la Policía en los casos en que sea fiscalizado, se le controle la identidad o bien, cuando sea detenido en flagrancia, allí el coimputado puede prestarles una declaración que pudiera, a su vez ser de tres clases:

2.2.1.a).- La natural o espontánea

Es la que da el coimputado a la Policía, antes de conocer su derecho a guardar silencio;

2.2.1.b).- La voluntaria

Es la que otorga el coimputado a los funcionarios policiales después de conocer de su derecho a guardar silencio, renunciando a él y declarando, la que puede a su vez subdividirse en dos subespecies, las que he denominado **autónoma y delegada**. Por la primera entiendo la que da el coimputado a la policía, renunciando a su derecho a guardar silencio, con la presencia de su defensor y, la segunda, es la que da el encartado, ante la policía, con o sin su defensor, cuando el fiscal le ha delegado expresamente tal facultad a la policía, si se dan las condiciones requeridas para tal delegación; y

2.2.1.c).- La provocada

Es la dada por el coimputado forzado a ello por métodos que anulen su voluntariedad.

En relación con la declaración extrajudicial del coimputado, en sede Policial, el legislador ha colocado ciertos parámetros de protección para tal declarante, según se desprende de lo prevenido en el artículo 91 del Código Procesal Penal.

Así, "La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto" y luego se agrega, en el inciso segundo, que, "Si en ausencia del defensor el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal", posibilidad que hay que concordarla, necesariamente, con las facultades prevenidas para el imputado en el artículo 93 del Código Procesal Penal.

Como ya adelanté, esta declaración del coimputado ante la Policía, a su vez, comprende diversas posibilidades ciertas de acaecimiento, las que se dan en la realidad, como se verá a continuación.

2.2.1.a).- Declaración extrajudicial espontánea o natural del coimputado ante la Policía

La declaración judicial del coimputado será espontánea o natural, cuando confiese o no su autoría y exculpe o inculpe a otro sujeto como imputado, antes de que la Policía siquiera le lea sus derechos, o le pregunte si quiere o no prestar declaración o bien, le diga que tiene derecho a guardar silencio.

Lo que ocurrirá cada vez que un coimputado, ante la presencia policial, de manera espontánea, decida confesar o negar su propia participación en los hechos o bien, exculpar o inculpar a otros, en los mismos.

En este caso, el coimputado, antes de que la Policía le dé a conocer siquiera sus derechos, manifiesta algo a favor o en contra de otros partícipes y el policía es un testigo de oídas de tal relato. Estimo que en este caso, esta narración espontánea del coimputado nunca podría consignarse en papel, pues nace antes del momento en que debiere señalársele a aquél, que uno de los derechos que le asiste, es el de guardar silencio.

La realidad de los hechos puede colocar al agente policial como un testigo de oídas, de tal declaración extrajudicial espontánea, atento al tenor de lo dispuesto en el artículo 309 inciso final del Código Procesal Penal y allí puede perfectamente éste Policía, dar a conocer al Tribunal de Juicio Oral, la versión que escuchó del coimputado, sobre la exculpación o inculpación que haya hecho tal declarante de sí mismo o de otros responsables.

Esta situación, perfectamente podría ser discutida por el defensor en la audiencia de preparación del juicio oral, sólo en el evento de que en la carpeta de la investigación fiscal, el aludido policía como testigo de oídas haya consignado tal hecho en su propia declaración.

Sin embargo, creo que en tal caso, el tribunal debiera saber también que tal declaración extrajudicial y espontánea o natural, la dio el coimputado antes de conocer por parte del agente policial que le asistía el derecho a guardar silencio, pues el conocimiento de tal antecedente podría tener alguna incidencia posterior, justamente al momento en que el Tribunal valore tal testimonio de oídas.

Ello porque se ha discutido mucho sobre el valor que debiera darse a esta declaración del coimputado dada ante el agente policial, de manera espontánea, antes siquiera de que conozca de su derecho a guardar silencio, como luego veremos.

Ante una situación así, creo que lo correcto sería que cuando el policía comience a escuchar la declaración voluntaria del coimputado, le deberá señalar que tiene derecho a guardar silencio. En tal caso, cuando el agente comience a escuchar tal relato, debiera señalarle, de inmediato al coimputado que tiene derecho a guardar silencio o bien, manifestarle

que puede renunciar a tal derecho y, en tal caso, sólo podrá declarar ante él, en presencia de su defensor, si aquél no estuviera presente durante el interrogatorio, *las preguntas del policía sólo se limitarán a constatar la identidad del sujeto.* ¹¹¹

El artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal recoge como derecho para todo "coimputado" el de "guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, en no hacerlo bajo juramento".

En tales casos, los policías serían testigos de oídas de tal relato y, restaría examinar a futuro en esta investigación, si tales declaraciones pueden o no ser consideradas en un juicio posterior.

2.2.1.b).- Declaración extrajudicial voluntaria del coimputado ante la Policía

La declaración extrajudicial del coimputado será voluntaria, cuando aquél la presté ante la Policía cuando tal organismo lo interroge sobre el particular y aquí puede, a su vez, haber dos variantes:

La primera, es que el imputado decida declarar, en ese caso, la Policía puede actuar autónomamente y tomarle la declaración al coimputado si es que su abogado defensor se encuentra presente.

La segunda se dará, cuando la Policía le señale al fiscal que el coimputado desea declarar; en tal caso, deberá llamarlo y si aquél no puede concurrir, deberá expresamente (el fiscal), bajo su responsabilidad, autorizar para que la Policía le consigne tal declaración.

Es la que llamamos **delegada**.

2.2.1.b).1.- De la Norma anterior se desprenden varias consecuencias

En primer lugar; es un derecho de todo imputado, esté o no detenido.

En segundo término; como todo derecho concedido por la legislación, por regla general es renunciable, según se desprende de lo prevenido en el artículo 12 del Código Civil, que dispone que: "*Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia*".

No existe ninguna norma en el ámbito del Código Procesal Penal que prohíba que un coimputado preste declaración, renunciando a su derecho a guardar silencio. Se trata además, de una norma establecida en su único beneficio y lo único prohibido en tal disposición del citado cuerpo legal, es la de consentir en prestarla bajo juramento o siendo forzado a ello, por alguno de los métodos prohibidos señalados en el artículo 95 del citado cuerpo legal.

En consecuencia, advertido que sea de tal derecho, si el coimputado, así y todo voluntariamente manifiesta que desea declarar, para que tales dichos luego puedan ser llevados al juicio, debe operar la dinámica del artículo 91 del Código Procesal Penal, que es lo que se verá más adelante en esta investigación.

Aquí, nos encontraremos en el caso de que la Policía interrogue al coimputado sobre la existencia de un hecho punible investigado, o bien, sobre su participación en aquél.

Diremos que autónomamente, no puede, sino sólo hacerle preguntas que se limitarán a constatar su identidad. Únicamente, en presencia del defensor, la Policía puede interrogar de manera autónoma, esto es, sin la venia del fiscal, al coimputado.

Entonces, ante la ausencia del defensor y la manifestación expresa del coimputado a declarar, la Policía debe tomar las medidas necesarias para que aquél declare ante un Fiscal.

Sólo si el Fiscal indica que no puede concurrir a tal diligencia, puede autorizar a la Policía, para que, bajo su responsabilidad – del fiscal - , aquella consigne las declaraciones que los coimputados se allanaren a prestar.

Lógicamente estimo que esta declaración, al contrario de la espontánea, deberá consignarse por escrito, de conformidad a lo prevenido en el mismo artículo 91 del Código del ramo.

Dado que aún cuando refiere las expresiones, “podrá consignar”, ello a priori, pudiera entenderse como una facultad para la Policía.

Empero, se debe llegar siempre a la conclusión contraria, es decir, que ésta es una obligación y no una facultad para los agentes policiales, al relacionar éste tema, con lo prevenido en el artículo 181 del Código Procesal Penal, de donde les aparece como obligación genérica de la fase de investigación, la *“de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes del mismo”*.

2.2.1.c).- Declaración extrajudicial provocada del coimputado hacia la Policía

Esta sería la dada por el coimputado forzado a ello, por métodos que anulen su voluntariedad, como se señala en el artículo 195 del Código Procesal Penal.

2.2.2.- Declaración extrajudicial del coimputado frente al fiscal o un abogado asistente de fiscal

Puede también ocurrir, que el coimputado decida prestar su declaración ante el fiscal de la causa o el abogado asistente del fiscal y en tal caso, ella será también extrajudicial.

Hago presente que para los coimputados menores adolescentes, siempre su declaración ante el fiscal debe ser asistida por su abogado defensor, según dispone la Ley N°20.084 y nunca pudieran darla ante la Policía. ¹¹²

Respecto de menores adolescentes, estimo que la declaración voluntaria de aquellos con su defensor, siempre debe ser sólo ante el fiscal y nunca ante el abogado asistente del fiscal, pues la ley N° 20.084 señala sólo al fiscal y no a un abogado asistente de fiscalía y este cuerpo normativo se dictó antes de la llamada agenda corta, en consecuencia, si en este último cuerpo legal se dio la posibilidad al abogado asistente para que tomara las declaraciones a los imputados y no se hizo allí referencia alguna al artículo 31 de la Ley sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes, es porque el legislador estimó, que por una especial protección de los menores adolescentes, tal declaración sólo la puede tomar un fiscal en presencia siempre de un abogado defensor y no ante un abogado asistente del fiscal.

Aquí cabe anotar una diferencia entre el Policía y el fiscal o el abogado asistente del fiscal que escuchan el relato del coimputado, tratándose de adultos.

El primero puede perfectamente ser testigo en el juicio posterior, un testigo de oídas, en los términos autorizados en el Código Procesal Penal, que consigna en una de sus normas que *“todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarar, expresando...si los hubiere oído referir a otras personas”*¹¹³ – por ejemplo- un coimputado.

112 Véase cita 78 de esta tesis

113 Véase el inciso final del artículo 309 del CPP

Sin embargo, veremos más adelante en esta tesis, que tal tema no es tan pacífico, pues sectores importantes de la doctrina ¹¹⁴ y alguna jurisprudencia han desestimado estos relatos.

Estimo que si un defensor, que es un interviniente del proceso, escucha un relato inculpatario de su cliente, aquél nunca podría ser llevado a juicio como testigo de oídas por el ente persecutor y, en evento de que llegare a estrados, pudiere excusarse de declarar con su deber de mantener el secreto profesional. ¹¹⁵ Sin embargo, si se tratase de un coincepado mencionado por su cliente, aquél podría perfectamente deponer, en virtud de lo que señala el inciso 2° del artículo 304 del Código Procesal Penal.

En cambio, respecto del abogado asistente del fiscal y del fiscal, éste último es también un interviniente ¹¹⁶ del juicio, sin embargo el primero no lo es, por ello, la situación respecto de ambos no es ni tan clara ni tan pacífica, por lo que también deberá analizarse, oportunamente si aquellos pueden o no ser llamados al juicio como testigos de oídas. ¹¹⁷

En mi opinión siempre debería hacerse un distingo, dependiendo de sí quien pide como testigo a un fiscal adjunto o un abogado asistente del fiscal, es la propia fiscalía o bien la defensa.

Para el caso de que la defensa lo pidiere, pudiere pensarse a priori en sí tal llamado responde a afanes reales de defensa o más bien de otra índole y más mundanos, como por ejemplo, liberarse de un buen fiscal como contraparte en el juicio mismo. ¹¹⁸

Lo que por cierto podría no ocurrir respecto del abogado asistente del fiscal, porque ellos actúan solamente en algunas diligencias y no todas.

114 POBLETE ITURRATE, Orlando, Art. Cit. Pág.51 señala: "Es claro que esa declaración inculpatoria ocurrida en la investigación no es prueba, porque la prueba sólo puede producirse ante el tribunal del juicio, pero no lo es, además, porque la declaración es medio de defensa. Sólo así puede entenderla el fiscal conforme con el artículo 98 del Código".

115 Nota: al defensor se le aplicaría la norma del artículo 303 del CPP y sería una de las personas obligadas a guardar secreto profesional, salvo que quien se lo hubiere revelado lo permitiese.

116 Véase el artículo 12 del CPP

117 Nota: Sin embargo un Juez de Garantía de Valparaíso, ha admitido en fase de preparación de juicio oral que un fiscal sea testigo de la defensa. Así ocurrió en mi Tribunal, cuando el fiscal Rodrigo Yáñez Arriagada declaró como testigo citado por la defensa en los autos sobre delito de infanticidio Rit 283-2009, en un segundo juicio, pues en el primero de ellos, el TOP de Valparaíso no permitió que tal testigo-fiscal declarara, razón por la cual, la defensa recurrió de nulidad y la I. Corte de Apelaciones de la misma ciudad, acogió el recurso y ordenó la realización de un nuevo juicio. En anexo 2) se contiene la sentencia que acoge el recurso de nulidad del primer juicio, en internet http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAPAADzohAAE&consulta=100&causa=27/2010&numcua=6668&secre=REFORMA PROCESAL PENAL, visitado el día 9 de julio de 2010.

118 Nota: Como interviniente del proceso, perfectamente podría razonarse que de permitirse tal situación sería bastante fácil para la contraparte sacar a un fiscal de su propio caso, al aplicarle una de las prohibiciones de los testigos, tal es la del inciso 6° del artículo 329 del CPP que dispone que "antes de declarar los testigos no podrán "ver, oír ni ser informados de lo que ocurra en la audiencia", razón por la cual, no podrían actuar como interviniente fiscal en su propio caso. Luego, si se admitiera tan fácilmente incorporar a fiscales como testigos de oídas, con tal maniobra seguramente las defensas podrían "librarse" de determinados fiscales, perjudicando de esa manera un "fairplay" o juego limpio para el juicio oral.

Sin embargo, no puede pensarse tan simplemente y rápidamente en tales espurias razones, mi experiencia de juez de estos años, por el contrario ha visto buena fe en las pretensiones defensivas de los litigantes, de allí que haya que darle más adelante un vistazo a tal posibilidad y no desecharla, máxime si para el imputado, aquella es una buena posibilidad de su teoría de defensa.

Estimo que, por el contrario si un fiscal o abogado asistente del fiscal es llamado por su propia parte o el querellante que lo coadyuva, como un testigo de cargo, no es tan claro que aquél deba comparecer como testigo de oídas, tal situación, perfectamente pudiere estar más cerca de una pre constitución de prueba y, en ese evento, la defensa pudiere solicitar su exclusión.

Al efecto el Fiscal Nacional del Ministerio Público,¹¹⁹ el año 2003, dictó un oficio sobre el particular.

Un denunciado o querellado, puede en esta etapa *“solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se les formularen”*; por ejemplo, sindicando a un tercer individuo como el verdadero autor, cómplice o encubridor del delito que a él se le imputó, con la finalidad de orientar la línea investigativa del fiscal en contra de otros responsables.

Esta posibilidad, por cierto, implicará que aquél denunciado o querellado deberá prestar una declaración auto exculpatoria ante el Ministerio Público, radicando en otros la responsabilidad penal, o bien, una inculpatoria, donde también pretenderá inculpar a otros en su fechoría.

El tema de la declaración voluntaria del coimputado ante el fiscal, está contemplado en el artículo 194 del Código Procesal Penal, colocándose en tal norma una serie de requisitos de tal actuación.

Así, si se trata de la primera declaración que se allanare a prestar el coimputado, *“antes de comenzar el fiscal comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que le investigación arrojaré en su contra”*, sólo luego de que el declarante escuche lo anterior, podrá declarar exculpándose o inculpándose, a sí mismo o a otros partícipes.

Esta declaración del coimputado ante el fiscal, deberá consignarse por escrito, de conformidad a lo previsto en el artículo 181 del Código Procesal Penal.

119 Véase al final de esta tesis anexo N°1.

Aunque la ley no lo diga expresamente, por cierto, tratándose de una declaración prestada ante el abogado asistente del fiscal, rigen los mismos requisitos o condiciones ya explicitadas.

2.2.3.- Declaración extrajudicial del coimputado ante su defensor

También en el esquema propuesto aparece que un coimputado puede declarar ante su defensor, en ese caso estimamos, que tal relato nunca pudiera llegar al juicio, por constituir este relato efectivamente un medio de defensa y no un elemento probatorio que luego pudiera ser llevado a juicio por la contraparte.

En este caso, al defensor lo ampara el secreto profesional y puede abstenerse por razones de secreto. ¹²⁰ Sin embargo, cabe tener presente lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 304 del Código Procesal Penal, en lo que se refiera a dichos del cliente en contra de otro coimputado.

2.2.4.- Declaración extrajudicial del coimputado ante un tercero

Ocurrirá cada vez que un coimputado declare de manera extrajudicial ante un tercero, que a su vez podrá subdividirse en la dada a un simple particular no vinculado al proceso o bien, a un profesional vinculado al proceso.

Esta declaración inculpatoria o exculpatoria que dé un coimputado frente a un particular, siempre será espontánea y no provocada. Por cuanto no existe, por regla general, la posibilidad de que un particular pueda interrogar o tomar declaraciones a otros sujetos, sobre algún hecho que tenga interés criminal o sobre su posible participación en ellos.

Así y todo, en esta fase de pre-formalización, se podría hablar, a su vez, de particulares ajenos o no vinculados con el proceso y aquellos particulares vinculados, de alguna manera, con el proceso.

Como particulares vinculados con el proceso, tendríamos, por ejemplo a la víctima. Estos interesarían a la investigación, sólo si hubieren escuchado alguna inculpación ya sea de manera voluntaria o fortuita de parte del coimputado y luego la llevaran como testigo de oídas a un proceso.

Como particulares ajenos al proceso, estaría cualquier persona no afectada ó relacionada directamente con los hechos y que también, hubiere oído la narración de un imputado, de manera natural, cuando aquél coimputado les narre los hechos, o bien de manera accidental y que luego, llevaren tal versión de oídas al proceso.

2.2.4.a).- Declaración extrajudicial del coimputado ante un tercero particular no vinculado al proceso

Ante un tercero o particular, simplemente, el coimputado puede dar una declaración extrajudicial de manera voluntaria y otra, en que no lo es tanto, como explicaré.

Pudiera perfectamente un coimputado, referirle a cualquier persona que conozca o no, una declaración sobre algún hecho de interés o relevancia criminal.

En este caso, este tercero o particular podría luego ser citado a juicio como testigo de oídas.

El particular no está vinculado al proceso, por ejemplo, cuando aquél estando en un determinado lugar haya escuchado a un coimputado referir algo de interés sobre un hecho y luego sea citado como testigo de oídas al juicio.

Habría que tener presente para este caso, si entre el coimputado y quien lo escucha como tercero, existe o no un alguna de las relaciones de parentesco señaladas en el Código Procesal Penal. ¹²¹ En este caso, puede perfectamente negarse a declarar, sin embargo, puede renunciar a aquél derecho y declarar. Analizaré también tal situación.

2.2.4.b).- Declaración extrajudicial del coimputado ante un tercero profesional vinculado al proceso

Digo profesional vinculado al proceso, como por ejemplo cuando se trata de un perito, pues aquél de alguna manera participará en una diligencia de investigación solicitada por algún interviniente en el marco de un proceso penal, eso será lo que lo vincule al proceso de manera externa, teniendo como fuente de tal participación su propia actividad profesional.

Pues también existe la posibilidad, de que en fase extrajudicial, un coimputado le relate algo a un "profesional".

Si se trata por ejemplo, ya no de un abogado, sino de alguna de las personas amparadas bajo el secreto profesional, aquellos pueden excusarse luego, en el juicio para prestar testimonio como testigos de oídas del relato del coimputado. ¹²²

Sin embargo, habrá otros profesionales que examinen en determinadas pericias al coimputado y, a la luz de aquellas, en la anamnesis, inquieren sobre los hechos,- léase psicólogos, psiquiatras, médicos legista o forenses en general y que hayan examinado personalmente al coimputado - dentro del marco de su respectiva pericia, estando facultados por las reglas de su propia ciencia o arte para inquirir en el marco de sus peritajes, en la anamnesis clínica, sobre tales eventos.

Allí normalmente, en esos casos, el fiscal luego, en el juicio oral, les preguntará sobre el particular, o bien, los mismos profesionales explicarán o contarán lo que les haya dicho el coimputado. En estos casos ellos traen a juicio como testigos de oídas lo narrado por aquél.

Lo anterior es muy importante, pues el coimputado podrá declarar allí sobre los hechos y la perito luego narrarlo en estrados, cuando el sujeto no sabía de su derecho a guardar silencio. Una sentencia de la ICA de Antofagasta, resolvió sobre el particular, excluyendo tal pericia al conocer de un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, confirmando la resolución del a quo que la había excluido. ¹²³

122 Véase el artículo 303 del CPP.

123 Sentencia de la ICA de Antofagasta, rol 124 del año 2007; de fecha 13 de junio de 2007, Extraída del siguiente vínculo de internet http://www.puntolex.cl/prod_jel/590/article-31031.html, con fecha 20/7/2010, que en lo pertinente señala: "CUARTO: Que estando contestes tanto el Ministerio Público, como la defensa del acusado, que existe en el informe pericial realizado por la sicóloga J.R.G., constancia de la entrevista clínica realizada por la profesional al imputado G.G., donde existiría mención respecto de los hechos que se le imputan, es del todo oportuno excluir dicha prueba, pues lo declarado por el acusado, podría ser usado en su contra al momento de rendirse la pericia cuestionada, afectando así el derecho que le asiste a toda persona a guardar silencio, por lo que en definitiva, se rechazará la apelación".

INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO III

EL COINCULPADO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

NOMBRE	PÁGINA
Preámbulo del Capítulo III	75
1.- Antecedentes Generales	75
2.- El careo	80
3.- El valor probatorio del careo	82
4.- Las causales de tacha de los numerales 7° y 8° del artículo 460 del Código de Procedimiento Penal	85
5.- Valor probatorio de los testigos a quienes les afectare una de las causales de tacha señaladas	87

CAPÍTULO III

EL COINCULPADO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ¹²⁴

Preámbulo del capítulo III

Este capítulo hace mención de algunas normas del antiguo Código de Procedimiento Penal, que tratan de la declaración del inculpado, los careos, las tachas y las presunciones y de su trato jurisprudencial. Institutos procesales todos que, en mi opinión, solucionaban para el juez de antaño el tema de la valoración de los asertos de los coinculpados. De aquellos, vale destacar el careo que se producía entre dos coinculpados ante el juez, donde luego de que éste los confrontara en sus versiones disímiles, instaba a que se explicara la contradicción para poder llegar a una única versión, de ser ello posible. Y en cuanto a la confesión del encartado, en lo tocante a la mención de participación de otros (coinculpados) se le miraba como una simple declaración, o bien ella servía como indicio para una presunción judicial.

1.- Antecedentes Generales

La finalidad del estudio comparativo de algunas normas del sistema procesal de antaño con el actual, persigue determinar la existencia de institutos procesales que, en mi concepto, ayudaban al juez al momento de la valoración de los asertos de los coimputados, los que hoy en día no pueden existir al amparo de un sistema de libertad tanto de medios de prueba como de su apreciación.

En un sistema de valoración tarifada, en cambio, si era posible contener herramientas para la valoración de algunos medios de prueba.

Así, en el Código de Procedimiento Penal, se contemplaban entre otros medios de prueba, ¹²⁵ los siguientes; la confesión, los testigos y las presunciones. Estimo que los tres

124 Nota: En el título del presente capítulo hablamos de "coinculpado" y no "coimputado" para respetar la nomenclatura del Código de Procedimiento Penal. El artículo 9° de la Ley 19.047, modificado por la Ley 19.114, y por la Ley 19.158, ordenó reemplazar las expresiones "auto de reo", "encargatoria de reo" y "autoencargatoria de reo", por la de "auto de procesamiento", y la palabra "reo" por "procesado", cuando esas expresiones se refieran al inculpado contra quien se hubiere dictado auto de procesamiento y no hubiere sido sobreseído, absuelto o condenado. Si tal situación no se diere, la voz "reo" podrá sustituirse por las expresiones "inculpado", "condenado", "demandado" o "ejecutado", o bien mantenerse, según correspondiere.

mencionados dicen relación con el tema que importa a esta tesis, las declaraciones de los coimputados y su valoración.

Sostengo lo anterior, porque como se verá luego de las algunas menciones jurisprudenciales, en lo relativo a las declaraciones indagatorias de los imputados, aquellos podían confesar su participación o negarla, pero lo más importante es que podían en uno u otro caso, inculpar o exculpar a otro coimputado.

Ahora bien, el imputado que era sindicado o favorecido por su compañero de causa, también debía de haber prestado una declaración en el proceso y si resultaban discrepancias entre la suya y la de su co-reo, el juez podía ordenar un careo entre ambos. Entonces, con o sin acuerdo entre ellos, podía el juez enfrentarse al siguiente dilema.

La parte en que confesaba su delito era el medio de prueba confesión, de eso no hay duda, pero, y la restante parte de la declaración acerca de la participación, no ya de la suya en el hecho investigado, sino que la de otro, un tercero en relación a él, la del coimputado ¿podía considerarse una prueba testimonial?

Luego si ello era así, podía, en esa parte estimársele un “testigo inhábil” por afectarlo alguna de las causales de tacha, como por ejemplo, aquella que convertía en testigos no aptos a los cómplices del delito o aquella otra que miraba la existencia del interés directo o indirecto de quien declaraba en el proceso, la ley ya lo suponía imparcial por ese sólo hecho.

En otras palabras determinar, en este capítulo, en caso de ser posible, las razones que se debieron tener en vista por el legislador para incorporar al proceso penal aquellos institutos, a los efectos de hacer una valoración adecuada posterior de los relatos de los coimputados prestados en el proceso.

La razón de ser de la existencia de estos institutos procesales, era mirada como imprescindible y necesaria en un “sistema de las pruebas legales, tasadas o tarifadas”, usando una expresión de BROWN,¹²⁶ sin embargo, lo que interesa es determinar si las motivaciones que debieron tenerse en vista al momento de pensarlos para tal sistema probatorio de antaño, se pueden traslapar ahora al sistema de libre valoración.

Porque, acaso el cómplice del delito, o un coautor que declare a favor o en contra de un coimputado, dejó de ser un testigo “sospechoso”, parafraseando a Mittermaier, al no existir ahora testigos inhábiles.

125 Nota: El artículo Art. 457 del C de PP, disponía: Los medios por los cuales se acreditan los hechos en un juicio criminal, son: 1° Los testigos; 2° El informe de peritos; 3° La inspección personal del juez; 4° Los instrumentos públicos o privados; 5° La Confesión; y 6° Las presunciones o indicios.

126 BROWN, Guillermo, “*Límites a la Valoración de la Prueba en el Proceso Penal*”, Editorial Jurídica Nova Tesis, 1ª reimpresión, año 2007, Rosario, Santa Fe, pág.13

Bien, para analizar estos temas veremos los institutos anteriores.

Estimo que el llamado "careo", reglamentado en los artículos 351 y siguientes, y las causales de tacha, de los guarismos 7° y 8° del artículo 460, todos del Código de Procedimiento Penal, venían en auxilio del juez, al momento en que aquél valorara los dichos de los inculcados, ahora llamados coimputados.

En efecto, las declaraciones del llamado inculcado o procesado en el antiguo Código de Procedimiento Penal, - actual imputado - eran obligatorias, por regla general,¹²⁷ y se la llamaba "declaración indagatoria", y según JORQUERA y HERRERA,¹²⁸ tenía dos finalidades: por un lado la averiguación de la "verdad material"¹²⁹ y, por el otro, - citando a Enrique Paillás P. - "en cuanto se entendía que de esa manera - declarando ante el juez - podía explicar su conducta y exponer todo aquello que pudiera favorecerle".

Se trata entonces, de averiguar en síntesis, si los mencionados institutos procesales auxiliaban al juzgador cuándo los coimputados declaraban en un proceso, al momento que aquél valorara sus declaraciones, ya fuera para establecer o no la participación de uno o más de ellos, en la sentencia que ponía término al proceso.

Demos por descontado que en el proceso en cuestión existían dos o más inculcados.

Luego, si ellos declaraban en qué calidad hacían, ¿cómo testigos ó cómo imputados?

El legislador pretérito tenía clara la diferencia entre el testigo y el actual imputado.

La jurisprudencia,¹³⁰ empero era vacilante, así una sentencia de la Corte Suprema indicaba que: "*los testigos son aquellas terceras personas que han visto o saben de otro modo la manera como se ha perpetrado un delito y cuyas deposiciones constituyen un medio adecuado para acreditar los hechos en juicio criminal*".

127 Nota: La declaración indagatoria se podía omitir por parte del juzgador del crimen, cuando en su concepto estuvieren suficientemente comprobados el hecho punible y la participación del inculcado, lo que normalmente era una excepción, como ejemplo de ello podemos mencionar la situación de los procesos por giro doloso de cheques que reglamentaba, entre otras normas sobre el particular, el artículo 42 del DFL 707 sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Sin embargo, tal como comentan en cita(11) a pie de página DUCE y RIEGO, en Ob. Cit. Pág. 470, tal posición se morigeró con la entrada Ley N° 18.857 que modificó el artículo 484 prescribiendo que el ejercicio del derecho a guardar silencio del imputado no implicaría un indicio de participación, culpabilidad o inocencia. Empero, siempre debía ocurrir ante el Juez del Crimen donde optaba ante aquél al ser interrogado en no decir nada.

128 JORQUERA LORCA, René y HERRERA FUENZALIDA, Paola: "*Curso de Derecho Procesal Penal Chileno*", Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago de Chile, 1993, pág. 339

129 Nota: La verdad material para autores como JORQUERA y HERRERA se lograba mediante la declaración del inculcado, pues pensaban que "nadie está mejor informado de la comisión de un hecho que el mismo que participó en él", opinión en Ob. Cit. Pág. 339

130 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 458 I) N° 256, pág. 128.

Otra sentencia, de la Corte de Apelaciones de Concepción, ¹³¹ indicaba: “La deposición del reo es confesión, en cuanto declara lo que le perjudica, refiriéndose a sus propios hechos y a su intervención en el delito; y testimonio, en cuanto da fe de hechos que afecten a terceros”.

Otro fallo de la Corte Suprema ¹³² expresaba: “Al disponer el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal que la confesión del reo puede comprobar su participación en el delito, no excluye el mérito que pueda tener contra terceros como prueba testimonial o constituir hechos reales y probados que sirvan de base para una presunción judicial”.

En efecto, desde ya, el artículo 203 inciso 2° del antiguo Código de Procedimiento Penal, señalaba que no se le podía tomar juramento ni promesa de decir verdad a “aquellos de quienes se sospeche que hayan tomado parte en los delitos que se investigan, en calidad de autores, cómplices o encubridores”, ¹³³ norma que si se relaciona con la del inciso 1° que impone como obligación de todo testigo, la del juramento o promesa previa, antes de declarar.

Por supuesto, si no se le tomaba juramento o promesa, no declaraba en la causa en calidad de testigo, en palabras más simples, no era testigo, se sospechaba que fuera un inculpado o era derechamente un inculpado.

Esta idea la volvía a remarcar el Código de Procedimiento Penal que señalaba, en otra de sus normas ¹³⁴ que: “La declaración del inculpado no podrá recibirse bajo juramento”; el juez simplemente lo exhortaba a que dijere la verdad.

El legislador al reglamentar en un título (VI) del Libro II del Código de Procedimiento Penal, “De las declaraciones del Inculpado”, ya presupone del contenido de alguna de sus normas, la existencia, como es natural, de otros inculpados en los hechos que investigaba.

Así, a modo ejemplar, en el artículo 322 del citado cuerpo legal disponía que “las demás preguntas que se dirijan al inculpado o procesado tendrán por objeto la averiguación de los hechos y de la participación que en ellos hubiere cabido a él u otras personas” ¹³⁵; por otra parte el inciso tercero del mismo artículo, señalaba: “Si las circunstancias exigieren explicaciones de su conducta que puedan establecer su inculpabilidad o culpabilidad o la de

131 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1° Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 481 N° 363 I), pág. 171.

132 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1° Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 481 N° 363 II), págs. 171 y 172.

133 Véase el artículo 203 del C de PP

134 Véase el artículo 320 del C de PP

135 El subrayado es nuestro

otras personas imputadas en el delito que se investiga ¹³⁶...”, norma que da también a entender, claramente, que un inculpado podía declarar respecto de otro u otros imputados.

Otra norma de interés es la del artículo 335 del Código de Procedimiento Penal, que indicaba que si los inculpados eran varios “sus declaraciones serán tomadas una en pos de otra, sin permitirles que se comuniquen entre sí hasta la terminación de estas diligencias”. ¹³⁷

Si dos o más coimputados prestaban declaración indagatoria – nombre específico que recibía su declaración -, ella podía ser o no concordante, para el caso que no lo fuere, el juez podía decretar en esos casos una diligencia de careo.

Otra posibilidad es que a uno de los coimputados simplemente se le considerare testigo inhábil, por afectarlo alguna de las causales de tacha que los trucaba en inhábiles.

Las dos herramientas procesales indicadas – careos entre coimputados e inhabilidad de que los mismos coimputados declarasen como testigos por afectarle alguna de las causales de tacha – pretendían solucionar el problema para el juez.

Los coimputados, como ya se adelantó, siempre prestaban una declaración indagatoria en el juicio criminal, en ésta ellos podían guardar silencio, confesar pura y simplemente, negar su participación o bien, prestar una confesión calificada, a veces aquella confrontada con la de otros imputados daba origen al careo y, en otros casos, dudosos a nuestro entender, se miraba como prueba testimonial, cuando se afectaba a terceros.

Lo anterior merece una explicación; en efecto, el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal disponía que a los inculpados no se les juramentara, en cambio a los testigos si se les hacía prestar juramento, según se desprende de entre otras normas, del artículo 459 del citado cuerpo legal.

Luego, si el imputado declaraba, siempre lo hacía sólo exhortado a decir verdad, entonces si sus dichos afectaban a terceros (donde podía tratarse de otro imputado), aunque lo fuera sin juramento, sus asertos podían afectar al coimputado al dársele mérito probatorio, aunque no fuere en la práctica ni testigo y no estuviere juramentado.

Hay alguna jurisprudencia ¹³⁸ de la Corte Suprema, que, en mi opinión va por el sentido correcto: “Este precepto (refiriéndose al artículo 460 ¹³⁹) del Código de Procedimiento

136 El subrayado es nuestro.

137 Véase el artículo 335 del C de PP

138 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 459 N°272 letra b) X, pág. 136.

139 El art. 459 del C de PP dispone: “La declaración de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo en que acaeció, y no contradicha por otro u otros igualmente hábiles, podrá ser estimada por los tribunales como demostración suficiente de que ha existido el hecho, siempre que dicha declaración se haya prestado bajo juramento, que el hecho haya podido caer directamente bajo la acción de los sentidos del testigo que declara y que éste dé razón suficiente, expresando por qué y de qué manera sabe lo que ha aseverado.

Penal) puede ser vulnerado, efectivamente, si los jueces de la instancia fundan una decisión de hecho, basada en la declaración de un testigo único, o cuando no hubieren prestado el juramento que se prescribe, porque entonces se sobrepasarían exigencias que la propia legislación precisó".

2.- El careo

Ahora, que ya sabemos de la posibilidad cierta, al amparo de la antigua legislación procesal penal, de la existencia de varios inculpados y procesados que, al declarar podían establecer la "inculpabilidad o culpabilidad" de otras personas, estas últimas, por supuesto, algo tenían que decir en relación a aquello.

Lo anterior, nos pone en el escenario de la existencia de inculpados o procesados que dieran versiones distintas entre sí, de algún hecho o alguna circunstancia útil para la investigación del sumario; es decir, uno le imputaba a otro un hecho, que éste último negaba.

Luego, el legislador pretendía solucionar tales discrepancias con un instituto, el llamado "careo".

JORQUERA y HERRERA,¹⁴⁰ dan la siguiente definición del careo: "*Es la actuación procesal, que tiene por objeto la confrontación que se hace de los dichos, discordantes de los testigos o procesados entre sí, o aquéllos con éstos, a fin de que se pongan de acuerdo sobre la verdad de lo sucedido, o expliquen la contradicción acerca de algún hecho o de alguna circunstancia relevante para el proceso*".

Para CAFFERATA NORES,¹⁴¹ el careo "*es una confrontación inmediata (cara a cara) entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante para el proceso, tendiente a descubrir cuál es la que mejor refleja la verdad*".

Para CLARIÁ OLMEDO,¹⁴² el careo "*es un medio combinado de prueba que se utiliza con frecuencia en el proceso penal. Consiste en el enfrentamiento de dos o más testigos, de éstos con el imputado, o de imputados, cuando sus dichos discrepan*".

El artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, disponía: "*Cuando los...procesados entre sí..., discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que*

140 JORQUERA LORCA, René y HERRERA FUENZALIDA, Paola: Ob. Cit. Pág.252. En similar sentido lo define NEIRA ALARCÓN, véase nota 7 de pie de página.

141 CAFFERATA NORES, José, "*La Prueba en el Proceso Penal- con especial referencia a la ley N°23.984*", 3° edición actualizada y ampliada, Ediciones DePalma, Buenos Aires, Argentina, año 1998, pág. 153.

142 CLARIÁ OLMEDO, Jorge, "*Derecho Procesal Penal- Tomo II*", actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, (sin año de edición) pág. 327.

tenga interés en el sumario, podrá el juez confrontar a los discordantes a fin de que expliquen la contradicción o se pongan de acuerdo sobre la verdad de los sucedido...”¹⁴³

La finalidad de esta actuación procesal era simplemente una: aclarar para el juez las discordancias existentes.

Sobre este particular, es decir, la finalidad del careo, NEYRA FLORES señala: “este medio de prueba se hace procedente para procurar establecer las razones por las que no existe coincidencia sobre ciertos hechos, y si a consecuencia del careo se logra la coincidencia, establecer si de ese resultado se puede lograr la convicción judicial...”¹⁴⁴

Este punto lo explica bien MORAS MOM,¹⁴⁵ cuando señala respecto del careo que “es el procedimiento instituido por la ley procesal para clarificar los dichos contradictorios vertidos en el proceso con relación al mismo hecho o por sus circunstancias y responsables investigados, con la aspiración de obtener una versión única y armónica que lleve claridad al conocimiento que se va obteniendo en el curso del proceso. La unificación de las versiones no es obligatoria; cada uno de los contradictores puede mantenerse en sus dichos, según estimen verdaderas o convenientes sus respectivas posiciones”.

Entonces, según previene el artículo 352 del citado Código, hacía comparecer ante él a los inculcados o procesados cuyas declaraciones fueren contradictorias y exhortándolos a decir verdad, les leía o los hacía leer “el punto en que las declaraciones se contradigan”¹⁴⁶ y, luego, les preguntaba a cada uno de los “discordantes”¹⁴⁷ si se ratificaban en sus dichos o bien, si tenían algo que agregar o modificar a lo expuesto.

Si en la actuación procesal antedicha, alguno alteraba su declaración, “concordándola con la de otro”,¹⁴⁸ el juez debía indagar la razón de este cambio y, además, de las razones que tuvo para declarar en la forma en que lo hizo anteriormente.

Por otra parte, si en la diligencia de careo, cada uno de los inculcados o procesados se limitaban a ratificar sus dichos anteriores, el juez debía manifestarles la contradicción existente y los “amonestará”¹⁴⁹ para que se pusieran de acuerdo en la verdad,

143 Véase el artículo 351 del C de PP

144 NEYRA FLORES, José Antonio: “Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral”, Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A. (Idemsa), 1° edición julio de 2010, Lima, pág. 596.

145 MORAS MOM, Jorge R., “Manual de Derecho Procesal Penal - Juicio Oral y Público Penal Nacional”, 6° edición actualizada, Editorial Lexis-Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 2004, pág. 235.

146 Véase el artículo 352 del C de PP

147 Ídem cita anterior

148 Ibídem

149 Nota: El vocablo utilizado por el C de PP en el inciso 3° del artículo 352. “Amonestar” para el diccionario de la Real Academia de la Lengua en su acepción 1° es: “Hacer presente una cosa para que se considere, procure o evite” y en su 2° acepción es: “Advertir, prevenir, reprender”.

permitiendo que entre ellos mismos se hicieren preguntas y reconvenções, según prevenía el inciso 3° del citado artículo 352 del Código de Procedimiento Penal.

3.- El valor probatorio del careo

En cuanto al valor probatorio de la diligencia de careo, **JORQUERA y HERRERA**, ¹⁵⁰ disponen: *“Como esta actuación procesal, no está considerada en el Código como medio probatorio independiente, tampoco tiene asignado un valor probatorio propio; en consecuencia”* – y en lo que interesa a esta tesis – *“su valoración provendrá de su naturaleza de prueba confesional, según sea, que....., el inculpado o el procesado se mantenga en su primitivos dichos, o se retracte de ellos y declare la verdad de lo sucedido, siempre y cuando, esta retractación se deba a que el inculpado o procesado declaró por error, por apremio o por no haberse encontrado en su sano juicio, única situación en que la retractación se considerará como confesión”*.

Para este caso, viene dado el imperativo para el imputado de comprobarle al juez que la confesión anterior, de la que se retracta era errónea de su parte, la prestó de manera forzada o apremiada o bien, no estaba en pleno uso de sus facultades o en el libre ejercicio de la razón como dice el Código.

En otras palabras, si el confesante retractado no podía acreditarle al juez alguno de esos tres motivos – únicos que para el legislador serían aptos para explicar el cambio – el juez simplemente no lo oía y eso implicaba que, en el fondo se quedaba con la declaración anterior.

Estimo que el instituto del careo viene en ayuda directa del juez, dado que si aquél se encuentra con dos declaraciones “indagatorias” de dos coimputados, cuando ellas sean discordantes o disconformes, por ejemplo, cuando cada uno inculpa al otro, exculpándose al mismo tiempo, simplemente el juez cuenta con dos versiones, entonces, la pregunta que surge es obvia, **¿por cuál de las dos declaraciones optar?**

Bien, ante una situación como la anotada el juez llamaba a su presencia a los coimputados que se contradecían, leyendo los puntos discordantes y preguntando a cada uno de ellos si ratificaban sus dichos, en otras palabras, si ellos revalidaban su propia declaración anterior o la mutaban.

Si persistían en su dichos anteriores (confesiones) los debía amonestar el juez para que se pusieran de acuerdo en la verdad, permitiendo en esta parte que los careados interactuaran, incluso haciéndose ellos mismos preguntas y reconvenciones de las mismas.

Si había acuerdo en una única versión, es decir, desaparecía la disconformidad, venía para el juez el ejercicio de una especie de control, esto es, averiguar la razón del cambio en la parte de la declaración donde uno de ellos discordaba.¹⁵¹

Luego si el juez averiguaba la razón del cambio de la declaración y eran explicables las motivaciones dadas por el imputado para alterarla, o bien para haber declarado como lo había hecho antes, el juez ya no tenía el problema de la existencia de declaraciones contradictorias de los coimputados, lo que le hacía más fácil su labor, allí simplemente, al momento de valorar aquellos dichos anteriores (confesiones) y el mérito de la diligencia del careo, aplicaba las normas pertinentes del párrafo 6º del Libro II, Segunda Parte, Título IV del Código de Procedimiento Penal, intitulado: "De la confesión".

Por lo anterior, soy de opinión discordante de la enunciada por **JORQUERA y HERRERA**, en cuanto a la valoración del careo, pues ellos hacen aplicable el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, relativo a la retractación de la confesión, cuando en verdad, lo que dispone el enunciado normativo relativo al cambio de pareceres en el careo (artículo 352 inciso 2º), dice relación con solucionar discrepancias entre dos sujetos presentes y cuando al juez se le den explicaciones suficientes, de dos cosas que son lo mismo – la razón del cambio de la nueva declaración que ya no es disconforme o bien – la razón que se tuvo para haber declarado de la manera anterior (que originaba la discrepancia) tendrá finalmente un acuerdo.

Ahora bien, si cada sujeto (inculpado) ratificaba sus dichos, es decir, no había tal acuerdo, permitía que ambos sujetos se enfrentaran haciéndose preguntas y reconvenciones mutuas, debiendo consignarse por escrito lo actuado.

Pienso que la norma que dispone que *"no será oído el inculpado que se retracta, a menos que compruebe inequívocamente que la prestó por error, por apremio, o por no encontrarse en el libre ejercicio de su razón"*, no tiene cabida para la diligencia del careo.

La razón de la norma anterior, en mi concepto, dice relación, simplemente con el hecho que el encartado de una declaración confesando un hecho y luego, simplemente, tiempo después otorgue otra, desdiciéndose de la declaración confesa anterior, eso es una retractación, que es muy diferente a que en un careo se logre concordar o no, con la versión de otro.

151 Véase el inciso 2º del artículo 352 del C de PP

Una jurisprudencia ¹⁵² de la Corte de Apelaciones de Concepción puede ser esclarecedora, sobre el particular, ella señala: *"De dos confesiones contradictorias de dos reos, en que cada uno se reconoce autor del delito, debe tomarse por cierto aquella que concuerde con los antecedentes del proceso; no tomándose la otra en cuenta, que puede ser inspirada por el deseo de hacer recaer sobre él una responsabilidad que afecta a su padre"*.

Para MORAS MOM, ¹⁵³ si el careo se realiza entre testigos – no procesados o imputados -, se rige por las normas de la prueba testimonial, pues, en su concepto, aquél es *"un acto complementario de aquel o aquellos en que se manifiestan las discrepancias. Por ello es declaración testimonial y se somete a su regulación legal cuando el que declara es un testigo o cuando ambos lo son"*. En cambio, *"cuando uno o ambos cocareados son procesados, el carácter del acto es el de la indagatoria y está rodeado de todas las garantías instituidas a su respecto"*.

Para CAFFERATA NORES, ¹⁵⁴ *"El valor probatorio del careo podrá devenir tanto de la superación de las contradicciones, por decisión de los intervinientes (rectificación, retractación o acuerdo), como de los nuevos elementos que le proporcione al juez la confrontación inmediata entre los careados, para valorar la veracidad y sinceridad de la ratificación de los dichos discordantes"*.

Para CLARIÁ OLMEDO, ¹⁵⁵ el careo, *"externamente es prueba personal, pero simultáneamente el tribunal obtiene datos directos al clarificar en la confrontación las divergencias introducidas ya al proceso, lo que caracteriza al careo como prueba que, si bien puede ser regulada independientemente, es subsidiaria y accesorio"*. Agrega luego este autor que, *"cuando se carea a dos imputados, el medio no deja de ser probatorio desde el punto de vista real, es decir en cuanto a los elementos que el tribunal obtiene directamente con la confrontación"*.

Hay que tener presente, al momento de enfrentarse al tema de la valoración en el careo, que es un medio de prueba sui generis, pues como se realiza entre coimputados siempre en presencia de un juez, la verdad es que hay una mezcla entre el medio de prueba confesión de cada uno de los imputados que se enfrentan y, además, una especie de "inspección personal del Tribunal", pues el juez está allí observando la actuación de los cocareados y está sacando sus propias conclusiones, no sólo de sus dichos, sino de la forma en que los expresan. Como bien sostiene CAFFERATA NORES, ¹⁵⁶ se discute sobre su autonomía como medio de prueba, pero es innegable que presenta rasgos particulares, pues a la versión

152 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 481 N° 358 I) pág. 170.

153 MORAS MOM, Jorge, Ob. Cit. pág. 236

154 CAFFERATA NORES, José, Ob. Cit. pág. 158

155 CLARIÁ OLMEDO, Jorge, Ob. Cit. pág. 327

156 CAFFERATA NORES, José, Ob. Cit. pág. 153

del imputado o de los testigos que se recoge en el acto (y sus eventuales ratificaciones o modificaciones) se agrega la percepción directa del magistrado sobre el enfrentamiento vivo de los declarantes en discrepancia, que puede ser de suma importancia para descubrir cuál de ellos es que se expide con mayor sinceridad.

4.- Las causales de tacha de los numerales 7° y 8° del artículo 460 del Código de Procedimiento Penal

Hemos adelantado que el legislador de antaño también auxiliaba al juez con dos de las causales de tacha del artículo 460 del citado cuerpo legal, que disponían, respectivamente:

No Son Testigos Hábiles:

N° 7) “Los amigos íntimos del reo o de su acusador particular, los socios, dependientes o sirvientes de uno u otro y los cómplices y los encubridores del delito”.

“La amistad o enemistad deberán manifestarse por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias”;

N° 8) “Los que, a juicio del tribunal, carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el proceso interés directo o indirecto”.

En el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal, no todos los testigos eran considerados “hábiles” para declarar, así, el artículo comentado señalaba taxativamente qué personas, en concepto del legislador eran consideradas a priori, inhábiles como testigos.

Dentro de la primera causal de tacha se encontraban los cómplices y los encubridores del delito, es decir sujetos que habían tenido una participación de “cooperadores a la ejecución del hecho por actos anteriores y simultáneos” ¹⁵⁷ y, también aquellos que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los cuatro modos ¹⁵⁸ que señala el Código Punitivo.

157 Nota: Véase a quiénes se considera cómplices en el artículo 16 del CP

158 Nota: El artículo 17 del CP, señala los siguientes modos de participación para los encubridores: 1) Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito; 2) Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento; 3) Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable y 4) Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precaven o salven.

Sin embargo, una jurisprudencia ampliaba el abanico de las definiciones jurídico-penales de cómplice y encubridor, abarcando también al coautor, así una jurisprudencia ¹⁵⁹ de la Corte de Apelaciones de Concepción y de la Corte Suprema, en relación con la primera de las causales de tacha anotadas, ha referido: *“el coautor del delito está comprendido en la causal del N°7 del artículo 460 del Código de Procedimiento Penal, ya que la palabra cómplice, de que habla en su parte final este número, debe tomarse en sentido amplio y no con el alcance restringido que le da el artículo 16 del Código Penal”*.

Por otra parte, en lo tocante a la segunda de las causales de tacha, una Jurisprudencia ¹⁶⁰ de la Corte de Apelaciones de Concepción, ha sostenido: *“No bastan para condenar a un inculpado de hurto las declaraciones de personas que pueden ser responsables de él, por haberse encontrado en su poder las cosas hurtadas”*.

Otra jurisprudencia ¹⁶¹ de la Corte de Apelaciones de Talca, sostuvo: *“No es bastante para condenar a un acusado por estafa, la declaración de dos testigos singulares que, además, aparecen con participación en los hechos encaminados a la supuesta estafa”*.

Una jurisprudencia ¹⁶² de la Corte Marcial, ha indicado: *“La ley sólo requiere, como fundamento de hecho, para que este motivo de inhabilidad prospere, que los testigos “tengan en el proceso interés directo o indirecto”, y es indudable que, al momento de declarar, los deponentes tenían un interés directo en el juicio, ya que aparecían como sospechosos de tener alguna participación punible en los delitos que se pesquisaban y es por ello que declararon bajo promesa de decir verdad”*.

Volviendo al texto legal, la explicación del instituto de las tachas en materia procesal penal, decía directa relación con *“el procedimiento que la ley establece para que los interesados hagan valer las inhabilidades que pueden afectar a un testigo”*; ¹⁶³ de donde se desprende que no todas las personas eran consideradas como aptos para ser testigos, en otras palabras se les consideraba inhábiles.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1. de este artículo.

159 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 460 N° 296, pág. 143.

160 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 460 N° 297 b), pág. 143.

161 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 460 N° 297 c), págs. 143 y 144.

162 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 460 N° 297 n), págs. 144 y 145.

163 Nota: véase cita 7 de pie de página de esta tesis.

Sin embargo, por regla general, había que deducir ¹⁶⁴ la causal de tacha respectiva, ello porque alguna jurisprudencia sostenía que el juez podía, de oficio rechazar determinadas declaraciones de testigos aunque no se hubiere deducido tacha en su contra. ¹⁶⁵

5.- Valor probatorio de los testigos a quienes les afectare una de las causales de tacha señaladas

Por regla general, de conformidad a lo previsto en el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, y tal como expresa NEIRA ALARCÓN, ¹⁶⁶ “la prueba testimonial podrá ser estimada por los tribunales como demostración suficiente de que ha existido el hecho” y agrega, “para que tengan valor probatorio los testimonios deben reunir los siguientes requisitos:...2) Estos deben ser hábiles”.

Luego son hábiles todos aquellos testigos que no queden comprendidos en alguna de las catorce causales de tacha que contemplaba el artículo 460 del citado cuerpo legal.

Entonces, si alguno de los mencionado testigos era “tachado” – se interponía en su contra una o más de las causales de tacha y ella se aceptaba por el juzgador – en cuanto al valor probatorio de las declaraciones de aquellos testigos tachados por inhábiles, tales declaraciones podían constituir presunciones judiciales. ¹⁶⁷

Así, el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal, señalaba: “Los jueces apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos que no reúnan los requisitos exigidos por el artículo 459.

Tales declaraciones pueden constituir presunciones judiciales.

Igualmente las de testigos de oídas, sea que declaren haber oído al reo, o a otra persona”.

Para entender la norma recién citada, cabe traer a colación el valor probatorio para la prueba testimonial asignada en el mentado artículo 459, que disponía: “La declaración de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo en que acaeció, y no contradicha por otro u otros igualmente hábiles, podrá ser estimada por los tribunales como demostración

164 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 460 N° 273 B I, en pág. 137, que disponía: “Los jueces no tienen facultad para declarar de oficio la inhabilidad de testigos”.

165 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 460 N° 273 A II, pág. 137.

166 NEIRA ALARCÓN, Eugenio, Ob. Cit. Pág.326

167 Nota: tal posibilidad la repetía el artículo 497 del C de PP: “La declaración del testigo estimado inhábil por el juez, podrá tener el valor que indica el artículo 464 de este Código”.

suficiente de que ha existido el hecho, siempre que dicha declaración se haya prestado bajo juramento, que el hecho haya podido caer directamente bajo la acción de los sentidos del testigo que declara y que éste dé razón suficiente, expresando por qué y de qué manera sabe lo que ha aseverado.”

Del juego de las dos normas en comento, aparece que si un coimputado prestaba declaración indagatoria y en ella inculpaba a otro coimputado, en mi opinión no podía dividirse tal declaración y estimarse apta en la parte que afectara a otro, es decir darle valor probatorio sobre tal punto, como antaño resolvió una jurisprudencia,¹⁶⁸ dado que, en ese caso le afectaría bien sea la causal de tacha del artículo 460 N° 7, que la propia jurisprudencia ampliaba de la complicidad hasta la coautoría, o bien aquella del N° 8 de la misma disposición, por carecer de la imparcialidad necesaria para declarar, por tener en el proceso interés directo o indirecto.

Ya MITTERMAIER¹⁶⁹ señalaba que *“la declaración del cómplice ofrece también graves dificultades”*, señalando entre otras razones: *“es natural que el cómplice se incline a hacer recaer sobre su coautor una parte de su propia falta”*; pese a ello sostenía que de no permitirse aquélla *“el legislador renunciaría gratuitamente al medio único, en más de un caso, de llegar a convencer al verdadero culpable, obstinado en negar los hechos, si rehusara absolutamente todo valor a la deposición del cómplice”*. En suma, debía ser admitida tal declaración contra su cómplice cuando *“no encierra reticencia alguna que haga sospechar que espera para sí alguna ventaja directa”*, luego añadía otras condiciones esenciales para darle validez a tal testimonio del cómplice, así indicaba que había que cerciorarse *“de que no existe enemistad entre él y el individuo a quien nombra”* y a que finalmente, era imprescindible que *“careado con éste último, repita en su presencia las inculpaciones que le imputa”*. Se tiene presente que para que MITTERMAIER pudiera llegar a tales conclusiones, lo era porque para él, *“el cómplice por sí mismo no era un testigo incapaz, sino sólo sospechoso”*.¹⁷⁰

Resumiendo entonces, en lo relativo al valor de las declaraciones de testigos no hábiles, es decir aquellos respecto de los cuales concurriera alguna de las causales de tacha referidas, en relación con las declaraciones de sus coimputados podemos señalar las siguientes conclusiones preliminares.

No constituían plena prueba.

Podían constituir presunciones judiciales.

168 Nota: Véase cita 159 de pie de página de esta tesis.

169 MITTERMAIER, Karl Joseph Anton; *“Tratado de la Prueba en Materia Criminal”*, traducción al castellano por Primitivo González del Alba, Editorial Hammurabi, 1ª Edición, Buenos Aires, año 2006, págs. 294 y 295.

170 MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, Ob. Cit. pág. 295

Al efecto, una jurisprudencia ¹⁷¹ de la Corte Suprema señalaba: *"La ley ha considerado testigos a los que participan en el delito, en cuanto declaran respecto de la intervención que en él hayan tenido los demás procesados, y, por lo tanto, sus declaraciones pueden constituir presunciones judiciales de acuerdo con este precepto, sin perjuicio, naturalmente, del valor que deba darse a tales presunciones, atendidas las demás circunstancias que las abonen o las perjudiquen en concepto de los sentenciadores. Es oportuno recordar que nuestra legislación procesal no excluye ninguna prueba ni testimonio que pueda llevar al establecimiento de la verdad, en cuanto se trate de determinar, ya la inocencia, ya la culpabilidad de los procesados, sin perjuicio del valor que corresponda darles, atendidas la calidad de las personas que declaran y las circunstancias en que se encuentran"*.

El artículo 485 del Código de Procedimiento Penal señala que *"Presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona"*.

El artículo 486 del citado Código, por otra parte, nos habla de dos tipos o clases de presunciones, las legales y las judiciales, señalando lo siguiente: *"Las presunciones pueden ser legales o judiciales. Las primeras son las establecidas por la ley, y constituyen por sí mismas una prueba completa, pero susceptible de ser desvanecida mediante la comprobación de ciertos hechos determinados por la misma ley. Las demás presunciones se denominan "presunciones judiciales" o "indicios"*.

Las presunciones judiciales son las que nos interesan, sobre su carácter probatorio, el artículo 488 del Código del ramo dispone: *"Para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, se requiere:*

1° Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales;

2° Que sean múltiples y graves;

3° Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas;

4° Que sean directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y

171 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1° Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 464 N° 309, págs. 152 y 153

5° Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata”.

Para NEIRA ALARCÓN, presunciones e indicios son cosas distintas,¹⁷² así para este autor “presunción” es el proceso intelectual por el cual el juez concluye la efectividad o inefectividad de hechos relevantes en el proceso, acerca de los cuales no existe prueba directa (testimonios, documentos, etc.) razonando a partir de otros hechos acreditados por medios de prueba directos” e “indicios”, son aquellos hechos o circunstancias que, precisamente, sirven de base a ese razonamiento y a su correspondiente conclusión”.

Cuando nos enfrentamos a la presunción judicial, es simplemente porque no se cuenta con prueba directa o bien se cuenta con una prueba directa pero a la cual la ley no le ha dado mérito o valor probatorio directo, como puede suceder, por ejemplo, cuando se trata de declaraciones de testigos inhábiles, dentro de los cuales mencionamos al coimputado que inculpa a otros al prestar una declaración indagatoria, según se desprende de una jurisprudencia¹⁷³ que señalaba: “Lo que la ley exige es que el juez deduzca su presunción de un hecho tangible, como es una declaración, un informe, etc., que no reúna los requisitos legales para tener un valor probatorio directo”.

Luego, si el juez no tiene prueba directa, porque el coimputado que es sindicado por otro ha negado en sede judicial y ha reconocido autoría en sede extrajudicial, perfectamente podría recurrir a la declaración inculpatoria de otros partícipes, como lo ha reconocido una jurisprudencia¹⁷⁴ que señala: “se fundan en hechos reales y probados y son múltiples las presunciones que se derivan de las confesiones extrajudiciales del procesado, de las inculpaciones de sus co-reos...”.

Para MIRANDA ESTRAMPES, el indicio “no es equivalente a presunción sino que constituye, el hecho base de la presunción. Es el punto de arranque o de apoyo a la presunción, es decir, su elemento estático, frente al elemento dinámico – consistente entre el hecho demostrado y aquel que se trata de demostrar”. Agrega que “la afirmación presumida es la que se obtiene a partir de la afirmación base y, por tanto, es distinta de esta última”. Finalmente expresa este autor que “el enlace o nexo lógico es el que permite el paso de la afirmación base a la afirmación presumida”; en este punto es donde se da “la utilización por el juzgador de las reglas de la sana crítica o máximas de experiencia como base para formar este enlace”.¹⁷⁵

172 NEIRA ALARCÓN, Eugenio, Ob. Cit. Pág.337

173 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 488 N° 405 IV, pág. 199

174 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981, Art. 488 N° 405 XIX, pág. 202

175 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La mínima actividad probatoria en el proceso penal”, José María Bosch editor, Barcelona, 1ª edición, año 1997, págs.227 a 231.

Seguramente, lo que ha movido a confusión en este tema de las presunciones ha sido la denominación de ésta como medio de prueba en el Código de Procedimiento Penal,¹⁷⁶ al efecto, comparto la tesis de **MIRANDA ESTRAMPES**,¹⁷⁷ cuando señala y explica que la prueba indiciaria *“no es un medio de prueba, ni un elemento o dato probatorio, sino un método probatorio (algunos hablan de procedimiento probatorio). A través de los medios de prueba se introducen determinadas proposiciones fácticas en el proceso (por ejemplo, lo que dijo el testigo). Por el contrario, a través de las presunciones, se trata de, partiendo de las proposiciones fácticas introducidas y acreditadas, obtener nuevas afirmaciones fácticas, mediante el empleo de las máximas de la experiencia. Estamos, por tanto, ante una actividad intelectual, de carácter inferencial, llevada a cabo por el juzgador una vez finalizado el periodo probatorio, esto es, una vez finalizada la práctica de la prueba en el juicio oral e iniciado el proceso valorativo de la prueba.”*

176 Véase el artículo 457 N°6 del C de PP.

177 **MIRANDA ESTRAMPES**, Manuel: *“Las Presunciones Judiciales en un Sistema Racional de Valoración probatoria”*, Texto sin publicar, de la ponencia de igual nombre dada en el I Congreso Internacional denominado: *“Racionalidad y Justicia. Exigencias de una Decisión Judicial”*. Celebrado entre el 28 de marzo y 01 de abril de 2011 en la ciudad de Arica, texto entregado por el ponente a este tesista.

INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO IV

LA POSIBILIDAD DE DEPURAR LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS EN LA FASE INTERMEDIA

NOMBRE	PÁGINA
Preámbulo del Capítulo IV	95
1.- Nociones Generales de la Fase Intermedia en relación a la exclusión de pruebas	95
2.- Los casos de exclusión de prueba por ilicitud	99
3.- ¿Cómo se puede ofrecer la declaración de un coimputado para un juicio, a efectos de discutir sobre su posible exclusión?	105
4.- Las alegaciones sobre exclusión probatoria que pudieran darse sobre las declaraciones de los coimputados en la audiencia de preparación del juicio oral	109

INDICE GENERAL DEL CAPITULO IV
 LA POSIBILIDAD DE DEFERRAR LAS
 DECLARACIONES DE LOS COMPUTABOS
 EN LA FASE INTERMEDIA

PAGINA	CONTENIDO
10	Introducción del Capítulo IV
11	El deber de declarar en la fase intermedia en relación con el carácter de reserva
12	2. El deber de declarar en reserva por Método
13	3. El deber de declarar en reserva por Método en función de la declaración de reserva en la fase intermedia
14	4. El deber de declarar en reserva por Método en función de la declaración de reserva en la fase intermedia

CAPÍTULO IV

LA POSIBILIDAD DE DEPURAR LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS EN LA FASE INTERMEDIA

Preámbulo del capítulo IV

Este capítulo da nociones generales sobre el tema de exclusión probatoria en la fase intermedia y trata, respecto de las declaraciones de los coimputados, la posibilidad de su exclusión probatoria por ilicitud y por haber sido obtenida aquella con inobservancia de garantías fundamentales, tratando el tema de la declaración del “coimputado-testigo” y las declaraciones “no presenciales” de coimputados, señalando pautas de alegación posibles para su exclusión probatoria.

1.- Nociones Generales de la Fase Intermedia en relación a la exclusión de pruebas

Según HORVITZ y LÓPEZ,¹⁷⁸ *“La etapa de preparación del juicio oral presupone la formulación de la acusación en contra del imputado. Función principal de esta etapa es el control, por parte del juez de garantía, de la corrección formal de la acusación o acusaciones y de la validez y pertinencia de las pruebas ofrecidas por las partes”.*

Justamente, es en este estadio procesal donde los intervinientes podrán hacer sus alegaciones relativas a las razones de inclusión de su propia prueba o de las motivaciones de exclusión de las probanzas que los demás pretendan rendir en la fase siguiente, que es la del juicio oral.

Uno de los objetivos de esta fase del juicio ordinario será el de “mostrar” la prueba a los demás intervinientes, el fiscal y querellante lo deberán hacer en sus escritos de acusación y adhesión o acusación particular, respectivamente, debido a que la ley así se los señala y, por otra parte, la defensa lo podrá hacer por escrito hasta la víspera de la audiencia de preparación del juicio oral o verbalmente en la audiencia misma.

En cuanto a la enunciación de la prueba a rendir por parte del fiscal, el literal f) del artículo 259 del Código Procesal Penal, refiere que la acusación deberá contener - entre otras menciones -, en forma clara y precisa: *"f) El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio"*.

Es decir, el acusador debe señalar o indicar en este escrito, los medios de prueba que luego rendirá en el juicio oral.

Si desea rendir prueba testimonial y/o pericial deberá señalar, además, entre otras cosas, la individualización de los testigos y peritos, "señalando, por cierto, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones". ¹⁷⁹

Respecto del querellante, aquél interviniente por escrito, podrá *"Adherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente"* y, además, *"c) ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el artículo 259"*. ¹⁸⁰

En lo que toca a la defensa, *"hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de dicha audiencia, en forma verbal, el acusado podrá:... señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare, en los mismos términos previstos en el artículo 259"*. ¹⁸¹

Como es al ente persecutor a quien le corresponde la carga de la prueba, él deberá primero indicar o enunciar la prueba de que se valdrá en su escrito de acusación, lo mismo corre para el acusador adherido ó particular como ya se vio, y luego deberá efectuar su descubrimiento, "mostrándola" en atención a que deberá cumplir con una nueva obligación, al momento de dejarle al acusado copia de la acusación, *"en la que se dejará constancia, además, del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación"*, según previene el artículo 260 del código de enjuiciamiento criminal.

Porque a mi juicio, es recién allí donde se le muestra realmente, al acusado y a su defensa, el contenido y sustrato real de los actos de investigación que se convertirán en prueba, sí es que se rinden en el futuro juicio oral.

Entonces, una vez expuesto el contenido de los actos de investigación - que será la prueba futura - con la que el interviniente fiscal contará para el juicio y que ya ofreció, cuando ésta es puesta frente a los ojos para el examen de los demás intervinientes, al acompañarse la llamada carpeta de investigación fiscal, aquellos podrán formularle reparos,

179 Véase el artículo 259 del CPP

180 Véase el artículo 261 del CPP

181 Véase el artículo 263 del CPP

que podrán decir relación, fundamentalmente, con la posibilidad de solicitar su exclusión al Juez de Garantía, básicamente por las siguientes razones, como señalé en una publicación.¹⁸²

“En general, diremos por ahora que el Juez de Garantía puede no aceptar, por tratarse de pruebas (cualquiera sea su naturaleza) manifiestamente impertinentes, esto es, las que no dicen relación con el objeto del juicio. O bien por referirse a pruebas que tienen por objeto acreditar hechos públicos y notorios, esto es; sucesos de la naturaleza por todos conocidos, acontecimientos históricos relevantes y, en general, todos aquellos hechos de los cuales tienen normalmente conocimiento las personas sensatas o sobre lo que ellas se pueden informar en fuentes confiables. También, por estimar que es superabundante y dilatoria, tratándose de la prueba testimonial y documental que tuviere por objeto acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardan pertinencia sustancial con la materia del juicio y produzcan en él efectos puramente dilatorios. Además, por consistir en pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas. Este punto se encuentra íntimamente relacionado con el tema de la nulidad procesal de las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas. Y, por último, por tratarse de pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

CERDA SAN MARTIN,¹⁸³ señala que el debate de la prueba ofrecida se puede clasificar, en síntesis en dos grandes grupos:

Reducción de pruebas por razones de eficiencia: contemplando aquí la norma referida al artículo 276 incisos 1° y 2° y artículo 316 inciso 1° del CPP, esto es:

Prueba manifiestamente impertinente.

Prueba para acreditar hechos públicos y notorios.

Prueba testimonial y documental superabundante y dilatoria.

Prueba pericial que no es seria ni profesional.

Prueba pericial superabundante.

Exclusión de prueba por ilicitud: refiriéndose a la norma del artículo 276 inciso 3° del CPP, es decir:

Prueba que proviene de actuaciones o diligencias declaradas nulas.

Pruebas obtenidas con inobservancia de Garantías fundamentales.

182 HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, “Apuntes Sobre la Prueba en el Código Procesal Penal –comentarios y jurisprudencia”, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, año 2007, págs. 18 y 19.

183 CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, “Manual del Nuevo Sistema de Justicia Criminal”, 1ª edición, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, año 2005, pág. 334.

Tal como sostiene **MIRANDA ESTRAMPES**, ¹⁸⁴ es necesario precisar que hay diversas terminología tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, que no son uniformes, así se habla indistintamente de "prueba prohibida", "prohibiciones probatorias", "prueba ilegalmente obtenida", "prueba ilícita o ilícitamente obtenida", "prueba ilegítimamente obtenida", "prueba inconstitucional", "prueba nula", "prueba viciada", "prueba irregular" o incluso el de "prueba clandestina". A modo ejemplar, en Chile nuestro legislador utiliza los vocablos o expresiones: "pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas" y "aquellas (pruebas) que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales".

Según enuncia **MIRANDA ESTRAMPES**, ¹⁸⁵ hay conceptos amplios y restringidos del concepto de prueba ilícita.

Para los primeros serían ilícitas las que contravinieren normas constitucionales, legales, incluso principios.

Para los segundos, la prueba ilícita se circunscribiría solamente a la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales.

De la clasificación dual, por decirlo de alguna manera, en cuanto al debate de la prueba ofrecida que hace **CERDA SAN MARTIN**, que se recoge claramente en los enunciados normativos de los artículos 276 y 316 del Código Procesal Penal, tal como aquél indica, se desprende que nuestro legislador ha tenido una concepción amplia y no restringida de lo que es la prueba ilícita, como también opina **HERNÁNDEZ BASUALTO**, ¹⁸⁶ así aparece desprenderse, además, del Mensaje del Código Procesal Penal, ¹⁸⁷ que dispone: " *En cuanto al control de la admisibilidad de las pruebas, también se ha optado por entregar al juez facultades limitadas de control en sentido negativo, es decir, sólo pueden rechazar pruebas por causales específicas, destinadas en general a cautelar la adecuada realización del juicio. También en este caso se ha querido enfatizar el rol de las partes en cuanto al impulso probatorio, resguardando así la imparcialidad de la función judicial*".

Ahora bien, en lo que interesa a esta tesis, sólo nos haremos cargo de la prueba ilícita, en cuanto prueba que proviene de actuaciones o diligencias declaradas nulas y de las pruebas obtenidas con inobservancia de Garantías fundamentales.

184 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal", José María Bosch, editor, Zaragoza, año 1999, págs. 15 y 16.

185 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, en Ob. Cit. págs. 17 a 22.

186 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, en su monografía. "La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno", en *Colección de Investigaciones Jurídicas 2002 N°2*, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, año 2002, pág. 43.

187 FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE, "Reforma Procesal Penal – Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias, Tomo II, Código Procesal Penal, Libro II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1ª edición, año 2003, pág.443.

Las primeras son las que algunos autores llaman propiamente prueba ilegal o irregular y las segundas constituirían propiamente prueba ilícita. ¹⁸⁸

2.- Los casos de exclusión de prueba por ilicitud

Según detallé en el apartado anterior, el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal, faculta al juez de garantía para excluir prueba por dos razones básicas, que, siguiendo a **CERDA SAN MARTÍN**, hemos catalogado de exclusión de prueba por ilicitud señalando que ella comprende, a su vez, dos variantes o posibilidades:

- a) La exclusión por la existencia de actos nulos por una parte y, por la otra;
- b) Aquellas probanzas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Siendo así, trataré cada caso por separado.

2.1.- La nulidad procesal en relación a la exclusión probatoria por ilicitud (conocida también como prueba ilegal o irregular)

En este sistema procesal penal, tanto los intervinientes como el Tribunal deben adecuar su actuar a las normas del procedimiento, donde se incluyen, entre otras las relativas a su competencia, las facultades legales, las prohibiciones de actuación, la ritualidad del proceso etc., como bien sostiene **CAROCCA PÉREZ**, ¹⁸⁹ *“en la medida en que esas actuaciones de las partes y del tribunal no se ajusten a esas normas legales, se hacen acreedoras a una sanción, que consiste en la privación de sus efectos, que es denominada nulidad procesal”*.

A tal efecto, aparece interesante aquí, señalar que la nulidad procesal ha sido entendida por **HORVITZ y LÓPEZ** ¹⁹⁰ como *“un mecanismo correctivo de protección de garantías cuando la infracción que la motiva ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República. En estos casos, la ley presume de derecho la existencia del perjuicio exigido por la ley como requisito para la declaración de nulidad (art 160 CPP)”*.

188 Nota; entre otros autores, que mencionan la anterior distinción, están **MIRANDA ESTRAMPES**, **HERNÁNDEZ BASUALTO**, **ZAPATA GARCÍA**, **CAROCCA PÉREZ**, **ADA PELLEGRINI** y **ECHEVERRÍA DONOSO**, todos en sus respectivas obras y artículos citados en esta tesis.

189 **CAROCCA PÉREZ**, Alex: “El Nuevo Sistema Procesal Penal”, Editorial Jurídica La Ley, Santiago de Chile, 1° edición, año 2003, pág. 145.

190 **HORVITZ LENNON**, María Inés y **LOPEZ MASLE**, Julián, Ob.cit. Tomo I, pág. 103.

Sin embargo, tal como opina HERNÁNDEZ BASUALTO,¹⁹¹ el concepto se estrecha por cuanto el artículo 159 del Código Procesal Penal, señala que “*sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento*”, con lo que, obviamente, quedarían fuera las actuaciones de los intervinientes o de la policía.

Siendo así, correspondería analizar si existen audiencias judiciales que incidan en el tema probatorio, donde por inobservancia de formas procesales, se atente contra las posibilidades de actuación de los intervinientes en el procedimiento.

HERNÁNDEZ BASUALTO¹⁹² imagina al menos dos:

1) La audiencia de prueba testimonial anticipada¹⁹³ y

2) La audiencia de declaración del coimputado como medio de defensa¹⁹⁴ ante el Juez de Garantía

Yo le agregaría, además, las dos siguientes:

3) La audiencia de prueba anticipada de una pericial,¹⁹⁵ cuando se trate de las declaraciones de profesionales (psiquiatras y psicólogos) que en uso de la entrevista forense que le hagan al coimputado, capten su declaración sobre los hechos que se le imputan, pues posteriormente podrían declarar en juicio contando tal versión, que es como lo hacen en realidad, al ser interrogados por quien los presenta; y

4) La prueba anticipada testimonial de un coimputado que el ente persecutor pretenda rendir.

Lógicamente las normas referidas hay que relacionarlas con la posibilidad de que lo actuado en dichas audiencias ante el Juez de Garantía - que son por cierto, diligencias probatorias en el caso de que se trate de testigos y peritos - se hayan obtenido en audiencias donde se inobserven o desacaten las formas procesales y ello atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes y luego, se pretendan incorporar sus resultados al futuro juicio oral, bajo los mecanismos de la letra a) del artículo 331 del Código Procesal Penal, esto es como prueba anticipada, dándose lectura a los registros en que ellas constaren.

Lo mismo regirá para las declaraciones de los coimputados como medio de defensa, en sede del Juzgado de Garantía, cuando tales declaraciones se incorporen, respecto de los que sean rebeldes, de conformidad a lo previsto en la letra d) del artículo 331 del Código

191 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Ob. cit. pág. 45

192 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Ibidem*

193 Véase los artículos 191 y 191 bis del CPP

194 Véase el artículo 98 del CPP

195 Véase el artículo 280 del CPP

Procesal Penal y donde, desde luego, en la audiencia preliminar no se hubieren observado las ritualidades procesales y ello atente también contra las posibilidades de actuación de los intervinientes en el procedimiento.

Como sostiene **CAROCCA PÉREZ**, la nulidad procesal sólo procede cuando se trata de: ¹⁹⁶

a) *actuaciones o diligencias defectuosas, es decir, producidas con infracción a las normas de procedimiento;*

b) *que causaren a las partes un perjuicio, lo que quiere decir, que se tradujeren en una desventaja respecto a sus posibilidades de obtener una decisión jurisdiccional favorable. Este perjuicio siempre se entenderá producido – se presumirá de pleno derecho, según el Código –, si la infracción ha impedido a la parte afectada el pleno ejercicio de sus derechos y garantías reconocidos en la Constitución o en las leyes; y*

c) *Que este perjuicio sólo pueda ser reparable con la declaración de nulidad”.*

Como estamos analizando el tema de la exclusión probatoria, respecto de los actos que pudieren ser nulos procesalmente, el Juez de Garantía puede excluir aquellos hasta la etapa de preparación del juicio oral, compartiéndose en este punto el parecer de **HERNÁNDEZ BASUALTO**, ¹⁹⁷ que no hace una lectura formalista del inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, en suma se pueden excluir las diligencias o actuaciones procesales - de orden probatorio – que ya hubieren sido declaradas nulas y aquellas que, en tal audiencia el juez a su respecto, declare la nulidad procesal.

En cuanto al plazo para impetrar tal nulidad, deberá estarse a lo que previene el artículo 161 del Código del Ramo, que refiere *“La declaración de nulidad procesal se deberá impetrar, en forma fundada y por escrito, incidentalmente, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación persiguere, a menos que el vicio se hubiere producido en una actuación verificada en una audiencia, pues en tal caso deberá impetrarse verbalmente antes del término de la misma audiencia. Con todo, no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral. La solicitud de nulidad presentada extemporáneamente será declarada inadmisibles”.*

La facultad de excluirlas probatoriamente por el Juez de Garantía radica en la siguiente oración del artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal: *“Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas”.*

196 CAROCCA PÉREZ, Alex, Ob. cit. págs. 146 y 147

197 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Ob. cit. pág. 51

De donde se sigue que el Juez de Garantía debió cumplir antes con una obligación: decretar la nulidad de una diligencia o actuación, y tal como señala el artículo 159 del Código del ramo, ella se limita sólo a *“las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad”*. Añadiendo el legislador, enseguida, en la misma norma qué es lo que debe entenderse por perjuicio: *“Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”*. Por otra parte, el artículo 160 del indicado cuerpo legal previene que *“se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República”*.

TAVOLARI ¹⁹⁸ señala que la diferencia entre la prueba ilícita y la ilegal está dada en cuanto a la calidad de la norma que ella infringe, así señala: *“La infracción a la prohibición constitucional e internacional torna a la prueba en ilícita; la infracción a las normas procesales que la cautelan hace simplemente ilegal la prueba y, por ende, la sujeta a los parámetros de la nulidad procesal con sus modalidades de convalidación, exigencia de perjuicio y semejantes”*

2.2.- Probanzas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales

Respecto de este tema, cabe hacer presente, que aquí ya no rige la restricción de la nulidad procesal sólo referida a actuaciones judiciales defectuosas, por el contrario, el abanico se amplía también al actuar de los órganos estatales y a los particulares en la obtención de los medios probatorios.

Tal como indica RAMOS RUBIO, ¹⁹⁹ *“El respeto a los derechos y garantías fundamentales de sus ciudadanos que un Estado social y democrático de Derecho se autoimpone, tiene en el proceso, y en el proceso penal en particular, una concreción que supone la imposibilidad de otorgar eficacia a las pruebas logradas con infracción de tales derechos y garantías, de manera que la verdad, cuyo hallazgo constituye un desiderátum de aquél, no puede ser alcanzada a cualquier precio, porque la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos propios del Estado de Derecho, entre los que se encuentran el pleno respeto a la ley y a los derechos inviolables de la persona”*.

198 TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. Cit. Pág. 178

199 RAMOS RUBIO, Carlos: Artículo *“La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia*, en *Manuales de Formación Continuada N°12 – La Prueba en el Proceso Penal – Editado por el Consejo General del Poder Judicial, año 2000, Madrid España, págs. 15 y 16.*

Cabe explicar que el constituyente da autorización al legislador para dictar normas que restrinjan los derechos fundamentales, de manera que ellos ya no son absolutos, ejemplo de esto lo tenemos, entre otros en nuestro país, por ejemplo, en el guarismo 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile.²⁰⁰

En nuestro país, y tal como sostiene ECHEVERRÍA DONOSO,²⁰¹ “el problema no está dado por esta afectación en sí, que tal como hemos venido sosteniendo, se encuentra constitucionalmente legitimada, sino en la extralimitación en la afectación, esto es, en aquella no legitimada por las normas iusfundamentales”.

La norma básica que pretende reparar las deficiencias en la obtención de fuentes de prueba, derivadas de infracciones de derechos fundamentales en esa labor, está lógicamente en el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal, esa norma es el límite que el Estado se ha autoimpuesto para el evento de que sus agentes o particulares vulneren las propias normas de excepción que las garantías fundamentales establecen, al decir de ECHEVERRÍA DONOSO,²⁰² esta norma es “una expresión positivada del principio de proporcionalidad en sentido estricto”.

El catalogo de derechos fundamentales que puede ser vulnerado en materia de recogimiento de pruebas es amplio.

Ahora, en cuanto a cuáles serían entre nosotros “las garantías fundamentales” sigo en este punto a HERNÁNDEZ BASUALTO,²⁰³ cuando señala que “la determinación de las garantías fundamentales puede realizarse sin grandes dificultades de la mano del catálogo de derechos del artículo 19 de la Constitución Política, muchos de los cuales, efectivamente, pueden verse conculcados mediante actuaciones propias de los órganos de la persecución penal, actuaciones de las cuales puede derivarse material probatorio que debe ser excluido”.

En lo que interesa a esta tesis, relativa a las declaraciones de los coimputados, pudiéramos seguir el orden dado por HERNÁNDEZ BASUALTO,²⁰⁴ pero ciñéndolo a un catalogo de infracciones que pudieran permitir la exclusión probatoria por las causas que se señalan a continuación:

200 Nota: el artículo 19 N°5 de la CPRCH señala; “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley” (Al efecto véase los artículos 204 a 221 del CPP)

201 ECHEVERRÍA DONOSO, Isabel, “Los Derechos Fundamentales y la Prueba Ilícita – Con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa”; Ediciones Jurídicas de Santiago, 1° edición, Santiago de Chile, octubre de 2010, pág. 25.

202 *Ibíd.*, Pág. 33

203 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor; Ob. cit. págs. 52 y siguientes.

204 *Ibidem* cita anterior.

a) **19 N°1 de la Constitución Política** – derecho a la integridad física y psíquica – por ejemplo se obtiene la declaración de un coimputado bajo apremios ilegítimos y se cita luego como testigos de oídas para el futuro juicio oral, a los policías que tomaron tal declaración. En tal caso, la defensa podría solicitar la exclusión de aquellos testigos como medio probatorio idóneo.

b) **19 N°3 de la Constitución Política** – derecho de defensa jurídica – se impide, restringe o perturba la debida intervención de letrado defensor, no obstante lo previsto en el artículo 91 del Código Procesal Penal, cuando, por ejemplo, se le toma declaración voluntaria al imputado por la Policía sin el cabal cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos en dicha norma y, también, en el caso de que se tratase de un menor adolescente, y el fiscal o la policía le toman una declaración a este menor coimputado, sin la presencia de su defensor, de conformidad a lo previsto en el artículo 31 de la Ley N° 20.084. En estos casos la defensa podría también, al igual que en el caso anterior, solicitar la exclusión de aquellos testigos como medio probatorio idóneo.

c) **19 N°7 inciso 2° letra f) de la Constitución Política** – prohibición constitucional de obligar al imputado en causa criminal a declarar bajo juramento sobre hecho propio – prohibición que debe ser complementada con el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo consagrado en tratados internacionales sobre Derechos Humanos – artículo 8 N°2 letra g) del Pacto de San José de Costa Rica y artículo 14 N° 3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que de alguna manera repite nuestro artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal.

d) **19 N° 3 de la Constitución Política** – garantía del debido proceso – ya no es una garantía única, sino al decir de HERNÁNDEZ BASUALTO ²⁰⁵ “*un haz de garantías*”, de manera tal que resulta dispendioso a efectos de esta tesis catalogar los casos que pudieran darse, en relación con el coimputado y que pusieran significar una posibilidad de exclusión, por ello compartimos la fórmula genérica usada por ZAPATA GARCÍA, ²⁰⁶ “*concluimos que dentro de la cláusula del debido proceso se incluye el derecho para quien es juzgado, a que toda sentencia condenatoria se funde en prueba lícita – garantía primaria – y que, de presentarse prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, sea excluida de ser rendida en el juicio oral – garantía secundaria*”.

205

Ibidem

206

ZAPATA GARCÍA, María Francisca: “*La Prueba Ilícita*”, Editorial LexisNexis. Santiago de Chile, Año 2004, pág. 55

3.- ¿Cómo se puede ofrecer la declaración de un coimputado para un juicio, a efectos de discutir sobre su posible exclusión?

En lo que toca a los coimputados, en el capítulo I de esta tesis, apartados c1) y c2) concluía que sus declaraciones al juicio pueden llegar por dos vías principales, de manera presencial y no presencial.

3.1.- La Declaración Presencial

Consistirá simplemente en la concurrencia física y presente del coimputado al juicio, lo que podrá, en mi opinión, ocurrir sólo de dos maneras:

3.1.1.- La Primera Forma

Prestando declaración como medio de defensa, conforme lo facultan los artículos 98 y 326 del Código del ramo, cuando se trate de su juicio junto a otros coimputados, si es que renuncia a su derecho a guardar silencio y decide declarar;

En esta hipótesis, jamás podría solicitarse la exclusión de la declaración del coimputado, pues aquél está ejerciendo un derecho, el de ser oído.

3.1.2.- La Segunda Forma

Si es llamado como testigo de cargo por la fiscalía o de descargo por la defensa, pero no se trata de su juicio, es decir, él no está siendo juzgado en esa audiencia de juicio oral, sin embargo, se le formalizó o acusó por los mismos hechos que al acusado del juicio que se realiza.

A su vez, habría que subdistinguir si respecto del "coimputado-testigo", a la fecha en que va a prestar su declaración (en el juicio oral del coimputado), operaron o no a su respecto, una suspensión condicional del procedimiento, un acuerdo reparatorio o bien un procedimiento abreviado, en otras palabras, si al momento de declarar está o no en suspenso su situación procesal, por los mismos hechos en que se juzga al coimputado, al momento en que va a prestar declaración.

Aquí sí puede, en mi opinión, alegarse sobre exclusión y para ello habrá que tener presente, como ya se adelantó, si la situación procesal del "coimputado-testigo" está o no solucionada.

Como señalamos en el capítulo II, para esta tesis, un coimputado será, la otra(s) persona(s), aparte del imputado, a quien también se le atribuyere participación en un hecho punible. Es decir, cuando la imputación sea plural en cuanto al sujeto a quien se le atribuye participación en un hecho de interés criminal, estaremos frente a una co-imputación o imputación plural, que es la que interesa para la presente investigación.

Ergo, se es imputado desde que el ente persecutor atribuye participación en un hecho punible, y si son varios a quienes se las atribuyere, se habla de coimputados.

Se termina de ser imputado, simplemente cuando está ejecutada completamente la sentencia.

En consecuencia, si está pendiente su situación procesal, esto es, tratándose de un coimputado que haya sido juzgado en un procedimiento abreviado y se le hubiere condenado, seguirá siendo "coimputado" hasta el momento en que termine de cumplir su sentencia.

Sí se tratase de un coimputado que haya acordado una suspensión condicional del procedimiento con el fiscal o un acuerdo reparatorio con la víctima, seguirá siendo coimputado, hasta mientras no se dicte sobreseimiento definitivo a su respecto, lo que se hará por el juez de garantía una vez que haya terminado de transcurrir el plazo fijado para la suspensión del procedimiento y se hayan cumplido por éste las condiciones impuestas y, en el caso del acuerdo reparatorio cuando lo haya cumplido o bien las haya garantizado debidamente a satisfacción de la víctima.

Luego, si un coimputado es llamado como testigo y éste no tiene su solución personal con la causa terminada o finiquitada, en mi opinión, no podría concurrir a declarar en tal calidad –testigo – pues sigue siendo "imputado" y, en consecuencia, podría perfectamente alegarse su exclusión en la fase intermedia.

El tema de fondo aquí es determinar sí puede o no ser testigo.

Reconocemos que hay libertad de medios de prueba y por esa vía, podría perfectamente ser llamado a declarar, pero nos preguntamos ¿en calidad de testigo? Sí sabemos que técnicamente no lo es. El no declara sobre hechos que le son ajenos, no, por el contrario declara sobre hechos propios que pueden afectar a terceros que es distinto (víctima, coimputados), hechos que le constaron porque los vivió, no se los contaron, es más, el debió ejecutar parcial o totalmente u omitir, en su caso, los hechos del tipo penal que se le imputan, ergo, sigue siendo coimputado y no testigo de su propio hecho o del que ayudó a ejecutar a otro.

El fundamento de la exclusión probatoria radicaría simplemente en que el coimputado que tiene su situación pendiente, sigue siendo un "imputado" y en ese evento, le

asisten todos los derechos que para ellos contempla el ordenamiento legal, entre otros, el del artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal, esto es, asilarse en su derecho a guardar silencio, por tanto, no podría aplicarse la sanción del inciso final del artículo 299 del Código Procesal Penal.

La Corte Suprema ²⁰⁷ ha resuelto en contrario, fundamentándolo de la siguiente manera: *DÉCIMO QUINTO: Que la incorporación como testigos de otros convictos en los mismos hechos, que ya fueron condenados, no está prohibida por norma legal alguna, en otras palabras, nada impide que coimputados puedan comparecer al juicio en esa calidad. El derecho a guardar silencio y la prohibición de autoincriminación alcanza a la persona del inculcado sobre hechos propios y del que puedan arrancarse corolarios jurídicos que le sean perniciosos en relación a los acontecimientos específicos ventilados en la litis, pero nada obsta a que puedan ser llamados como testigos sobre hechos de terceros de los que, por cualquier medio, han tomado conocimiento. Su condición de enjuiciado, incluso hasta la completa ejecución de la sentencia, en nada altera lo dicho. No está demás explicar que el mismo derecho se reconoce para todos los intervinientes, pues la reglamentación acerca de la prueba nueva no sólo persigue la aportación de elementos de cargo que, por cualquier motivo, no estuvieron en conocimiento del persecutor antes de la finalización de la etapa de investigación y al momento de formular acusación, sino también de la defensa, cada vez que converjan los supuestos legales que lo tornan procedente. Cualquier duda que surja con ocasión de la eficacia de los que aporta o su validez, se resolverá a través de los propios mecanismos que al efecto ha establecido el legislador. Con los argumentos vertidos por el tribunal para desestimar la prueba nueva, consistente en el testimonio de los condenados en procedimiento abreviado, el artículo 336 resultaría ser siempre inaplicable, extremándose los alcances del derecho a defensa y la llamada igualdad de armas, porque si bien es efectivo que la prueba nueva provoca sorpresa en la parte contraria y un amago de la igualdad de armas porque es evidente que quien presenta la prueba nueva conoce el contenido de lo que se está aportando, lo que no sucede, evidentemente, con los demás intervinientes, la regla está concebida para el evento que se presente el supuesto que la hace procedente. En todo caso, la testifical que se rinda se sujeta con el mismo rigor a las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio, por lo tanto el apego al principio de contradicción no afecta al derecho de defensa, porque la posibilidad del contra examen siempre permanece vigente para la contraria”.*

En cambio, si un coimputado tiene dictado a su favor sobreseimiento definitivo – por llegada del plazo en la suspensión condicional del procedimiento sin revocación o bien

207 Sentencia Corte Suprema, de fecha 12 de julio de 2010, en autos Rol 3003-10. Fuente: correo institucional enviado por Daniela Romero Fariña-Periodista Dirección de Comunicaciones Poder Judicial en correo de fecha 12-07-2010. FALLO CORTE SUREMA, P.G.E. 2010 http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAkAABUQRaAM&consulta=100&glosa=&causa=3003/2010&numcua=24272&secre=UNICA. que se puede encontrar en vínculo internet visitado el día 15 de julio de 2010. Véase texto completo de este fallo en anexo N°5 de esta tesis.

cuando ha cumplido el acuerdo reparatorio o lo ha garantizado debidamente a favor de la víctima, o se tratase de un coimputado juzgado en un procedimiento abreviado y ha cumplido efectivamente la pena impuesta (ya sea privado efectivamente de libertad por el tiempo de la condena, o ha pagado la multa impuesta o ha cumplido con el plazo de la medida alternativa a la pena privativa de libertad –remisión condicional de la pena-reclusión nocturna –libertad vigilada –) ha dejado de ser técnicamente, de acuerdo al artículo 7° del Código Procesal Penal, un coimputado y puede, en ese evento, perfectamente ser llamado como testigo para el juicio del coimputado que tiene su juzgamiento pendiente.

3.2.- La Declaración No Presencial

Consistirá en traer a juicio la declaración del coimputado, pero ya no en forma presencial, sino que introducida también, a través de dos posibles mecanismos.

3.2.1.- El Primer Mecanismo

A través de un relato de oídas de otros, reproducido en el juicio por policías, el ministerio público, el defensor y terceros vinculados o no al proceso, esto lo posibilita el inciso 2° del artículo 309 del Código Procesal Penal, cuando señala: *“Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarar, expresando...si los hubiere oído referir a otras personas”*.

3.2.2.- El Segundo Mecanismo

Mediante la agregación de actuaciones registrales o documentales en que consten tales declaraciones.

A esta materia se refiere el artículo 331 del Código Procesal Penal, pues en dicha norma se indican tres casos en los que pueden darse lectura en el juicio a los registros en que constaren las declaraciones de coimputados:

- a) cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;
- b) cuando la no comparecencia de coimputados fuere imputable al acusado; y
- c) cuando se tratase de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante un juez de garantía.

A lo anterior cabría agregar otras situaciones de facto que no están contempladas en la casuística indicada de la norma legal recién citada y que, a pesar de ello, se ha dado en la realidad de los juicios orales, como por ejemplo, cuando se ha deseado incorporar como prueba documental en el auto de apertura o bien, como prueba nueva, una sentencia dictada en un procedimiento abreviado en contra de un coimputado por los mismos hechos o bien, la resolución que aprueba una suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio, respecto de un coimputado.

Pareciera a priori que estas últimas hipótesis estarían en conflicto con la normativa del artículo 335 del Código Procesal Penal, que dispone: *“No se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado”*.

Analizaré todos los casos propuestos.

4.- Las alegaciones sobre exclusión probatoria que pudieran darse sobre las declaraciones de los coimputados en la audiencia de preparación del juicio oral

Como se menciona en el apartado anterior, la multiplicidad de posibilidades de introducir a un juicio oral la declaración de coimputados es bastante importante, por ello habrá que ver las distintas posibles maneras de alegar sobre su exclusión en la audiencia de preparación del juicio oral.

A efecto de ser claro en la exposición, seguiré, en la medida de lo posible, el mismo esquema propuesto en el capítulo II de esta tesis, simplificado en los puntos 3.1 y 3.2 anteriores.

Tendré especialmente presente, la clasificación doble de posibilidades genéricas de exclusión probatoria por ilicitud, dependiendo de si ésta proviene de diligencias o actuaciones judiciales nulas (prueba ilegal o irregular) o bien, porque hay inobservancia de garantías fundamentales (prueba ilícita propiamente tal).

Sin embargo, estimo imprescindible en esta parte, referir que las alegaciones sobre exclusión probatoria de declaraciones no presenciales de coimputados, se están refiriendo, precisamente a declaraciones de sujetos que ya están imputados en los hechos y no de aquellos a los que se les escuche como simples testigos, cuando son más que “sospechosos”,

y en ese evento, se les interrogue por un policía en calidad de testigo y no de imputado y luego, ese policía declare en juicio como testigo de oídas.

Hay un interesante fallo de la Excm. Corte Suprema ²⁰⁸ que se refiere a este tema, zanjando de inmediato el problema, si el sujeto ya es un “sospechoso” debe ser considerado ya, desde ese mismo momento, un “imputado” y no un testigo, luego, si no fue advertido de su derecho a guardar silencio, no podría llevarse luego al juicio oral ese testimonio de “testigo-sospechoso” al juicio por el testigo de oídas.

208 Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol 9758-2009 de fecha 13 de abril de 2010, descriptor legal N° Legal Publishing: 43548, extraída del vínculo de internet <http://www.legalpublishing.cl/PortalLN/Home/p/Home.asp>, visitado el 20 de octubre de 2010, que en los considerandos pertinentes señala: “UNDÉCIMO: Que de la seguidilla de situaciones consignadas en el motivo anterior, aparece de manifiesto que al momento de prestar su primera declaración Miguel Baeza Treisel ante la Policía de Investigaciones, el 26 de diciembre de 2007, los elementos de la investigación cronológicamente recopilados hasta esa fecha, claramente lo posicionaban en situación de imputado de la pesquisa que se seguía por el delito de abuso sexual denunciado, lo que incluso se desprende del propio tenor de los dichos prestados por la detective T en el juicio oral, los que aparecen recogidos en el fallo que se analiza, en especial sus motivos undécimo y duodécimo, donde se integra la información de ella obtenida, llegando incluso a ser valorada como elemento de prueba inculpatoria, lo que se aprecia de los siguientes pasajes de la sentencia: “Terminó de dar consistencia a los elementos de juicio ya enunciados, el restante testimonio de CT, referido a las demás diligencias de investigación practicadas, las que, por descarte, condujeron inequívocamente a la identidad de quien conducía el auto Mercedes Benz el día de los hechos; contribuyó al mismo fin, el contrato de compraventa del vehículo tantas veces mencionado, incorporado al juicio. ; luego se agrega: “Por último, debe añadirse a lo ya expuesto, lo que refirió el acusado a la funcionaria policial cuando lo entrevistó como testigo respecto de la tenencia del vehículo. Admitió haberlo mantenido en su poder entre junio y septiembre de 2007 y nunca haberlo facilitado a tercero, y que en una ocasión vino en el mismo a Viña, por dos o tres días, aunque no recordaba fecha. ; añadiendo más adelante que: “Así entonces, establecida con certeza absoluta la identidad de quien estaba a cargo del vehículo y coincidiendo las características físicas de esa persona con las que entregó la víctima, cobraba absoluta validez la adjudicación de autoría que se imputó al acusado. DUODÉCIMO: Que, como consecuencia de lo que se viene resaltando, resulta una inferencia evidente de que a quien se interrogó el 26 de diciembre de 2007, no era un simple testigo, se trataba ni más ni menos que del principal sospechoso de la investigación. En tanto que la explicación entregada, relativa a obligatoriedad de la apreciación con que la policía estimó su intervención, no parece del todo procedente en situaciones como la propuesta, que pudiera dejarse entregada a una autoridad administrativa la determinación del atributo legal que se tiene en un momento determinado, definiendo por sí y ante sí, sin mayor control, si se le toma la declaración a una persona en calidad de testigo o imputado, con las diferencias jurídicas considerables que supone cada estatuto, lo que llevaría al extremo de que bastaría una simple estimación de quien realiza un procedimiento investigativo para definir si se declara en una u otra calidad, lo que permitiría vulnerar los derechos constitucionales del imputado, pues de esa forma se podría ilegalmente obtener información valiosa en contra del declarante para luego ser utilizada en su contra sin mayor advertencia, lo cual parece un despropósito y va contra el texto expreso de normas constitucionales y legales que inspiran el nuevo sistema procesal penal, que bajo ningún respecto o circunstancia ampara. DÉCIMO TERCERO: Que el artículo 7° del Código Procesal Penal dispone que las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Entendiendo por ello cualquiera diligencia o gestión, entre otras, las de investigación que se realicen por la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible, que es lo que precisamente ocurrió en el caso propuesto al momento de tomarse la declaración del acusado de autos conforme ya se precisó en los motivos anteriores. DÉCIMO CUARTO: Que lo anterior corresponde relacionarlo con el artículo 8° del Código Procesal Penal, referido a la defensa, en donde se dispone que el imputado tiene derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, aspecto que tampoco le fue reconocido en el presente caso al acusado de autos en la declaración prestada ante la policía en la fase investigativa. Otro tanto aconteció con el artículo 93 del mismo código, en el que se consagran derechos y garantías del imputado sin ningún tipo de restricciones, en especial destacan sus letras b) y g), consistentes en reconocer como tales el ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación, así como a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento, los que por la inadvertencia ya anotada no le fueron considerados. Finalmente, el artículo 103 del texto ya citado, dispone que la ausencia del defensor en cualquiera actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 286”.

4.1.- Alegaciones sobre posible exclusión probatoria, respecto de las declaraciones no presenciales del coimputado

Como vimos en el apartado 3) anterior, existe la posibilidad de que el coimputado "declare de manera no presencial ante el Tribunal del Juicio", lo que puede ocurrir a través de dos mecanismos, esto es, a través de un relato de oídas de otro, o bien, mediante la agregación de actuaciones registrales o documentales en que consten tales declaraciones, pues en ambos casos, quien daría el relato del coimputado al Tribunal sería el testigo de oídas o bien, el fiscal o querellante, cuando decida incorporar actuaciones registrales o documentales en que ellas consten.

Analizaremos a continuación la primera de las formas indicadas, esto es, a través del relato de oídas cuando el imputado les haya prestado a ellos su declaración.

4.1.1.- Declaración extrajudicial del coimputado en la fase de investigación, llevada a juicio por un testigo de oídas

El ente persecutor, conforme lo faculta el artículo 259 literal f) ofrece como testigo de cargo a policías y señala que aquéllos declararán entre otras cosas, en el futuro juicio oral, sobre lo que le escucharon decir al coimputado.

Para analizar el tema de la exclusión probatoria diremos en primer lugar, que en nuestro sistema están aceptados los testigos de oídas según se desprende del claro tenor del artículo 309 inciso final del Código Procesal Penal, dado que como señala tal enunciado normativo, "*Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarar, expresando....si los hubiere oído referir a otras personas*".

Luego, no puede excluirse en nuestro sistema el testimonio de uno o más policías por el sólo hecho de ser testigos de oídas de lo dicho por un coimputado.

Entonces, habrá que indagar, en qué condiciones se obtuvo tal declaración del coimputado por parte de la policía.

Veamos caso por caso:

4.1.1.a).-declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante la Policía, de manera natural o espontánea

Si el coimputado, antes de dársele a conocer su derecho a guardar silencio, expresa espontáneamente a la policía su participación, la pregunta radicará en saber si aquél agente podrá luego declarar en el juicio oral sobre lo escuchado al coimputado.

Imaginemos que el fiscal ofrece al policía como testigo de cargo y lo hace precisamente, para que declare en el juicio oral sobre lo escuchado al coimputado.

Estimo que si el sujeto habla libremente y no es advertido de sus derechos previamente— entre ellos el de guardar silencio - cuando comience a contar su versión de los hechos a la policía y ésta lo escucha, en ausencia, además de su defensor, tales asertos no deberían llegar a juicio oral por la vía del testigo de oídas – policía-, pues el sujeto las ha manifestado sin conocer su derecho previo a guardar reserva o mantener silencio sobre su propia actuación en los hechos o la actuación de otros.

En suma, el coimputado realiza una actuación, seguramente en base a que no es informado previamente de un derecho que le asiste – el de guardar silencio - y como ello, más adelante, en el juicio oral, pudiere acarrearle perjuicios, el juez de garantía, perfectamente pudiere excluir tal testimonio. ²⁰⁹

Para concluir lo anterior hay que tener presente que lo único que puede hacer la policía con un coimputado, de manera autónoma, es hacerle preguntas destinadas a constatar su identidad. ²¹⁰

Hay que recordar en este punto algo que no es baladí. La mayor parte de los imputados no tiene un nivel educacional adecuado, en consecuencia, carece de la instrucción necesaria para determinar a priori si lo que está haciendo – contar espontáneamente lo sucedido a la policía, sin un defensor que lo asista previamente – puede o no serle desfavorable para el futuro.

Estimo que la fórmula usada en nuestro sistema en orden a que le asiste a todo imputado el derecho de “guardar silencio”, contemplado en la letra g) primera parte del artículo 93 del Código Procesal Penal, es en realidad poco explícita de – todo - lo que en mi opinión realmente abarca tal prerrogativa.

209 Nota: Una jurisprudencia argentina sobre el particular, citada por POBLETE ITURRATE, Orlando, en Ob. Cit., pág.41 dispone: “Las manifestaciones autoincriminatorias vertidas por el imputado en sede policial, y a partir de las cuales se inicia el proceso, son claramente lesivas a las garantías de la defensa en juicio y al debido proceso, máxime cuando era obligación del funcionario policial interrumpir cualquier manifestación autoincriminatoria desde su inicio, y notificar al encausado acerca de los derechos que le asistían, y no lo hizo, siendo factible dudar de la “espontaneidad” de tales dichos. En consecuencia, carece de validez todo lo actuado a partir de los dichos del imputado” (T. Oral 1, c.14,14/9/93, “Benítez, Silvio, Andrés”; c.94,3/6/93, “Silva, José Manuel”, cuya fuente es D’Albora, Francisco J. Código Procesal Penal de la Nación. Anotado-Comentado-Concordado. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1999.

210 Véase la parte final del inciso 1° del artículo 91 del CPP

Pues, simplemente se le señala a un imputado que le asiste el derecho a guardar silencio, empero, no se le señala el efecto que puede tener, en su perjuicio, no ejercer ese derecho, es decir declarar.

En mi opinión, a la fórmula del artículo 93 literal g) primera parte del Código Procesal Penal, debería añadirse una parte de la extensión que abarcó la V Enmienda de la Constitución Americana, después del fallo Miranda con Arizona, que sería; "en caso que renuncie a este derecho - a guardar silencio -, debe saber de antemano, que todo lo que diga puede ser usado en su contra".

Lo anterior podría tener importancia para el tema de las declaraciones voluntarias de los coimputados ante la Policía, pues, si el sujeto a priori conociera que su derecho no es solamente a callar, sino que, además, en caso de no hacerlo y consentir voluntariamente en declarar, saber también de antemano, que todo lo que diga a la policía podrá ser usado en su contra, a futuro en un juicio oral, cuando ese policía ante el cual declaró deponga en estrados, justamente como testigo de oídas de lo que le escuchó decir al mismo coimputado.

En conclusión, esta declaración extrajudicial del coimputado dada en fase de investigación, ante la policía de manera espontánea o natural, antes de dársele a conocer su derecho de guardar silencio en ausencia de su defensor, no podría ser llevada a juicio posteriormente por el fiscal, haciendo comparecer al policía que la escuchó como testigo de oídas y debería ser excluida.

Sobre el particular CARRIÓ, da una visión particular, aquél señala que habría que distinguir dos momentos ²¹¹ en los que podría producirse esta declaración "espontánea" del imputado a la policía;

Uno, cuando el sujeto aún no está detenido y es sospechoso en cuanto el indicado autor sostiene que; *"sería un sinsentido en esa hipótesis pedirle a la policía que se tape los oídos, o que mire para otro lado, cuando escucha cosas de utilidad para el esclarecimiento de los hechos"*.

Dos, cuando el sujeto ya está detenido. Señalando que *"sólo en éste último evento, las indagaciones que haga la policía con el sujeto, tendientes a esclarecer su situación, sólo implicarían violación a la garantía de guardar silencio si está afectada la voluntariedad del detenido"*.

Empero, no comparto la distinción del jurista argentino, por cuanto lo que se custodia es al sujeto mismo – al coimputado – y su haz de derechos, por sobre la utilidad de la

211 CARRIO, Alejandro D.; "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", tercera edición actualizada y ampliada, año 1994, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, págs. 311 y 312.

información autoincriminatoria que pueda tener de él la policía, si es que no se le ha señalado previamente que tiene derecho a guardar silencio – esto es derecho a saber que puede no declarar nada que lo perjudique en el futuro – sin la debida asistencia previa de un letrado.

En casos como el planteado, la policía no debe taparse los oídos o mirar para otro lado, sino que más bien, debe proceder a tapar la boca del coimputado, debe señalarle que tiene derecho a guardar silencio y a ser asistido por un letrado antes de declarar y no ante ellos precisamente, sino que ante un fiscal o un juez de garantía.

En suma y en esto seguimos a ZAPATA GARCÍA,²¹² *“Por el contrario, la designación oportuna de un abogado defensor y el contacto entre éste y el detenido en forma previa a la declaración constituyen, a nuestro juicio, una salvaguarda prácticamente insustituible del derecho a guardar silencio y, consecuentemente, da una pauta de confianza respecto del conocimiento del derecho que se tiene, de la oportunidad efectiva para ejercerlo y, finalmente, de la voluntariedad de la renuncia”*.

En una posición que innova, entre nosotros TAVOLARI, estima que *“la declaración voluntariamente prestada ante la policía sin advertencia de derechos y sin defensor, pero libre de apremios, amenazas o coacciones, no constituye una prueba ilícita, sino, simplemente, una prueba ilegal, esto es, una prueba cuya obtención vulnera una norma procesal -aquella que vela por el interés de la lógica y la finalidad del proceso-, a diferencia de la primera, que es la consecuencia de la violación de una norma sustancial, es decir, una que establece los derechos fundamentales que el ordenamiento reconoce al individuo”*.²¹³

Esta nueva posición la hace radicar el indicado procesalista en una clasificación que hace Ada Pellegrini Grinover, donde TAVOLARI citándola, de una traducción que él hizo de su texto señala: *“En la moderna doctrina de las libertades públicas –escribe - ningún derecho constitucionalmente asegurado es considerado absoluto. Cada derecho, cada libertad, ha de ser armonizado e interpretado en conjunto con otros derechos y con otras libertades. También el derecho a prueba, constitucionalmente asegurado, tiene sus limitaciones. La Constitución, explica aludiendo a la brasilera de 1988, adoptó la terminología de la doctrina que distinguía entre la prueba llamada ilegítima de la prueba ilícita u obtenida por medios ilícitos. La prueba ilegítima es aquella cuya recepción infringe normas de derecho procesal... y la sanción para el desacatamiento del modelo se encuentra en la propia ley procesal. Por prueba ilícita o por prueba ilícitamente obtenida, concluye, debe entenderse la prueba recogida infringiéndose normas o principios de derecho material (de derecho constitucional, o también de derecho penal, civil, administrativo, pero sobre todo derecho constitucional, porque en la raíz de la*

212 ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *“El Cinturón De Seguridad Del Derecho A Guardar Silencio/Prestar Declaración Del Detenido: La Intervención Oportuna y Efectiva Del Defensor”* en REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 6 – Año 2005, págs. 277 y 278 en <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej.pdf>. visitado 7/7/2010.

213 TAVOLARI OLIVEROS, Raúl; *“Instituciones del Nuevo Proceso Penal – Cuestiones y Casos”*, Capítulo II, La Prueba en el Proceso Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1° edición, año 2005, pág. 171

problemática de las pruebas ilícitas está siempre un problema de intimidación, de libertad, de dignidad humana)." ²¹⁴

4.1.1.b).-declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante la Policía, de manera voluntaria en forma autónoma

En este caso, el fiscal puede presentar libremente al agente como testigo de oídas, siempre y cuando el sujeto se haya allanado a declarar, pero en presencia de su defensor. Si el defensor no está presente, como ya se dijo, entonces las preguntas de los policías deberían haberse limitado a constatar solamente su identidad.

Luego, cuando el sujeto, ya informado de su derecho a guardar silencio, voluntariamente declare en forma autónoma ante la policía, más datos que su sola identidad, y su defensor esté presente, esa información podría ser llevada luego a juicio por la vía del testimonio de oídas del agente que la escuchó y, en mi opinión no debiera ser excluida.

En este caso no se presenta el problema anterior referido en el literal a), puesto que aquí el sujeto ya está asesorado por un letrado, quien seguramente le dirá, en primer lugar que le asiste el derecho de guardar silencio y, encaso de que voluntariamente renuncie a ese derecho y decida declarar, a que sepa también que lo que él declare podrá ser usado en su contra, pues el policía que escuchó tal relato, puede luego ser llevado a juicio como testigo de oídas del mismo.

En mi opinión, la jurisprudencia no ha sopesado aún la importancia de la asistencia del letrado defensor en la toma de la declaración autoinculpatoria del imputado, pues ha resuelto el tema sin más, esto es no ha tocado el punto preciso de la presencia o ausencia del defensor en tal diligencia y ha estimado que los policías que han escuchado el relato autoinriminatorio del acusado, pueden ser llevados al juicio como testigos de oídas. ²¹⁵

214 TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. cit., pág. 172, donde cita el siguiente libro: Aída Pellegrini Grinover, "O Processo em Evolucao", Edit. Forense Universitaria, Sao Paulo, Brasil 1996, pp. 42-43.

215 Sentencia de la Excm. Corte Suprema, rol 922 del año 2004; de fecha 27 de abril de 2004, Extraída del siguiente vínculo del Internet: http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAMAAAPuHAAA&consulta=100&glosa=&causa=922/2004&numcua=6594&secre=UNICA, que en lo medular señala: "4°Que, en lo tocante a la primera de las causales invocadas, debe, desde luego, rechazarse la pretendida vulneración del artículo 334 del Código Procesal Penal pues este, en efecto, prohíbe incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público. Ahora bien, nada de lo prohibido por esa disposición ha ocurrido en el caso sub-lite. En el juicio oral no se incorporaron ni se dio lectura a registros o documentos. Lo que se hizo fue escuchar el testimonio de unos testigos de oídas, que dieron cuenta de lo que había declarado el imputado ante ellos, reconociendo voluntariamente su participación en el hecho punible. No hay pues, nada que permita equiparar esta situación a la vedada por el artículo 334. 5°Que, asimismo, debe desestimarse la pretensión de la recurrente referida a un supuesto quebrantamiento del derecho del imputado a guardar silencio. Antes bien, de los antecedentes de la causa resulta, más bien, que el acusado prestó sus declaraciones autoinculpatorias ante la policía y también ante el fiscal libremente, sin ser obligado a ello en modo alguno, y habiendo incluso renunciado previamente al referido derecho de guardar

Sin embargo, hay una jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, del mes de diciembre del año 2009, que estimo va por la vía correcta haciendo hincapié en la necesaria presencia del defensor en la fase de investigación, cuando el imputado preste declaración voluntaria. ²¹⁶

4.1.1.b1).-declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante la Policía, de manera voluntaria en forma delegada

Si el fiscal desea llevar el testimonio de oídas del agente de la policía que, previa delegación de aquél le permitió tomar la declaración al coimputado, porque éste no pudo asistir y aquél fue advertido de su derecho a guardar silencio y pese a ello voluntariamente decide declarar, aparentemente, no hay ningún problema. Recuérdese que en este caso, el policía está autorizado para tomar la declaración al coimputado, pues el fiscal le ha delegado tal facultad y es bajo su responsabilidad.

Al efecto, el inciso 2° del artículo 91 del Código Procesal Penal dispone: *Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y*

silencio. Afirmar que quienes escucharon lícitamente esa confesión no pudieron dar testimonio de ella en el juicio oral, significa intentar dar un efecto retroactivo inadmisibles a la decisión posterior del inculpado de guardar silencio durante el juicio oral, con consecuencias sumamente defectuosas para la suerte que correría la investigación y la prueba reunida durante ella".

216 Sentencia de la Excm. Corte Suprema, rol 6934 del año 2009; de fecha 23 de diciembre de 2009, Extraída del siguiente vínculo de internet con fecha 15/7/2010:http://www.puntolex.cl/prod_ppp/585/article-92076.html, que señala en lo pertinente: y en lo que nos interesa. "NOVENO: Que en el caso concreto los testigos aseguran haber practicado un control de identidad al hechor, aún cuando ninguno de ellos reconoció haber requerido su cédula de identidad u otro documento idóneo, como tampoco, haberle concedido las facilidades necesarias para su hallazgo y exhibición. Por el contrario, los policías "que buscaban a un sujeto que había cometido un robo- de inmediato le pidieron que mostrara lo que llevaba al interior del morral que tenía a la espalda, sin que se hayan hecho constar por su parte, los indicios que permitieren estimar que ocultaba algo en aquél. Si bien lo expresado ya resulta un exceso en las facultades de que disponía la policía, en la forma que fueron ejecutadas sus acciones, encontrándose detenido el encartado para ser trasladado al fundo donde se cometió el injusto que ellos indagaban, procedieron a interrogarlo, sin encontrarse presente su abogado, sin que los carabineros intervinientes hayan tomado las medidas necesarias para que lo hiciera ante el fiscal, como tampoco aparece que hayan actuado bajo la responsabilidad y con la autorización de aquél, hecho que no ha sido controvertido y que se evidenció, igualmente, a través de la prueba rendida en audiencia, de donde aparece que sólo participó en los antecedentes el asistente del fiscal, Sr. Claudio Meneses Yáñez, sin que conste tampoco que este último haya actuado delegado por aquél. DÉCIMO: Que lo expuesto revela inequívocamente un atropello a las normas legales (artículo 89 y 91 del Código Adjetivo de Penas) que orientan el proceder de la policía uniformada, como asimismo, a las garantías y derechos que el artículo 19°, N° 3°, de la Carta Magna reconoce; ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía, o bien, salvada en el tribunal oral. UNDÉCIMO: Que el proceder ilegal de la policía en lo que concierne a la confesión del imputado, afecta también a las restantes actuaciones en que ellos reproducen lo aseverado por el detenido, sin amparo de sus garantías personales. Ello es corolario del efecto propio de cualquier nulidad "puesto que el acto prohibido es nulo ante la ley-, de suerte que aquella parte donde los carabineros A. Y M. ilustran al tribunal acerca de la supuesta espontánea confesión del inculpado, constituye también una prueba ilícita, que no puede ser rendida en la litis. DUODÉCIMO: Que la trascendencia de la infracción antes anotada y que constituye un requisito para la declaración de nulidad que se pide, radica en que se ha afectado en la esencia el núcleo del derecho de que se trata y que es el que tiene todo enjuiciado a guardar silencio y a que su declaración sea prestada ante defensor y ante el fiscal de la causa, o bien, ante la policía pero con la autorización de este último, lo que, según se tuvo por demostrado, no fue cumplido, tanto porque se procedió por los funcionarios en la forma ya indicada, cuanto, porque se incorporó al pleito la confesión mal habida, a través de los dichos de la policía".

con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia”

En consecuencia, en principio, ese testigo policía puede ser llevado luego al juicio a declarar sobre lo que le escuchó decir al coimputado.

Sin embargo, resulta curioso que para este caso preciso, no se exija la presencia del defensor del coimputado, concordamos nuevamente con ZAPATA GARCÍA,²¹⁷ cuando sobre este punto particular señala; “en este supuesto se rompe en algún grado la lógica impeditiva impuesta a la policía en materia de declaración de un imputado cuyo defensor está ausente”.

No hay explicación normativa sobre lo detallado, es decir, el legislador no expresó las razones de que cuando el fiscal delegaba ésta facultad en la policía, no se exigía la presencia del defensor.

Una jurisprudencia del J.T.O.P.²¹⁸ de Ovalle, de fecha 25 de mayo del año 2002 sobre el tema señala: “Que lo señalado por el Teniente Soto en torno a que el acusado le habría reconocido su participación en el hecho, esta declaración se habría obtenido al margen de todo procedimiento legal por cuanto no se le leyeron sus derechos ni se le advirtió que podía contar con la presencia de un letrado, acudiendo la Fiscal sólo después que la presunta confesión se había logrado. De tal forma este Tribunal estima infringidos el artículo 19 N° 3 inciso 1° y 4° de la Constitución Política de la República y, específicamente, el artículo 91 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 3, 7 y 8 del mismo cuerpo legal citado”.

Comparto en este tema la opinión de ZAPATA GARCÍA,²¹⁹ en orden a que de todas maneras, aunque se trate de una delegación del fiscal a la policía para que aquella le tome declaración al coimputado, con o sin su defensor, de todas maneras debiera regir para los policías la norma del artículo 194 del Código Procesal Penal, que impone ciertos requisitos a los fiscales cuando los imputados se allanen a prestar declaración ante ellos, cuando señala: “sostengo que el estatuto contenido en el artículo 194 del Código Procesal Penal, que obliga al fiscal a cumplir con proporcionar cierta información relevante al imputado antes de tomar su declaración, se traslada íntegramente a la toma de declaración del imputado por la policía, precisamente porque ésta está actuando por delegación de una facultad que la ley otorga al fiscal. Sería absurdo sostener que el fiscal puede delegar una facultad que la ley le concedió bajo el sometimiento de estrictas exigencias, libre de ellas”.

En otras palabras, si se trata de la primera declaración del coimputado, los policías debieran someterse a los mismos requisitos que se le impone a los fiscales para tomar

217 ZAPATA GARCÍA, María Francisca, Art. Cit. pág. 281

218 Nota: T.J.O.P. es la abreviatura de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

219 ZAPATA GARCÍA, María Francisca, Art. Cit. Pág. 281

aquella primera declaración, por la sencilla razón de que ellos – los fiscales – están delegando esa facultad suya en la policía y lo es bajo su responsabilidad, ergo, debiera en todo seguirse con los mismos requisitos del artículo 194²²⁰ del citado Código, que son los siguientes:

a) comunicarles detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquéllas que fueren de importancia para su calificación jurídica;

b) darles a conocer las disposiciones legales que resultaren aplicables y,

c) comunicarles los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra.

Estimo que si no se cumple por parte de los policías con el estatuto anterior, podría perfectamente la defensa cuestionar la inclusión del testimonio de oídas del policía que escuchó el relato, cuando se le ha delegado tal facultad por el fiscal y el coimputado se ha allanado, voluntariamente²²¹ a prestarles declaración.

Pero, a mayor abundamiento, estimo ilógica la norma de la simple delegación de la prerrogativa que la ley le puso al fiscal, en orden a tomarle él mismo la declaración al imputado cuando aquél se allanare a prestarle declaración, traspasándosela a la policía, cuando aquél no pueda acudir al lugar donde se encuentra el coimputado, sin que en ese caso, sea necesaria también la presencia del defensor.

Para determinar lo anterior, habría que tener presente lo siguiente. De la historia legislativa de la norma aparece según menciona PFEFFER URQUIAGA²²² que “se aceptó, con enmiendas, una indicación de los senadores Bombal, Larraín, Stange y Urenda, que contempla la posibilidad de que el imputado preste declaración voluntariamente ante la policía, con la autorización del fiscal, pero siempre en presencia del defensor”. La frase que se proponía

220 Nota: el artículo 194 del CPP dispone: “Si el imputado se allanare a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquéllas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra. A continuación, el imputado podrá declarar cuanto tuviere por conveniente sobre el hecho que se le atribuyere”.

“En todo caso, el imputado no podrá negarse a proporcionar al ministerio público su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirigieren con respecto a su identificación”.

“En el registro que de la declaración se practicare de conformidad a las normas generales se hará constar, en su caso, la negativa del imputado a responder una o más preguntas.”

221 Nota: ZAPATA GARCÍA, María Francisca, en su artículo citado, pág. 278, propone que el test del examen de voluntariedad que da el imputado para declarar sería similar al contenido en el Estatuto 3501 dictado por el Congreso Norteamericano dos años después de Miranda. Este señala que “El juez al resolver la cuestión de la voluntariedad de la confesión deberá tomar en consideración todas las circunstancias que la rodearon, incluyendo (1) el lapso transcurrido entre el arresto y la confesión prestada, (2) si el imputado conocía la naturaleza de la ofensa que se le atribuía al tiempo de prestar la confesión (3) si acaso se le advirtió al imputado que no estaba obligado a declarar y si lo hace, la declaración podría ser utilizada en su contra (4) si antes del interrogatorio se le advirtió de su derecho a una asistencia letrada (5) si el imputado estaba o no con un defensor al momento de prestar la confesión.”

222 PFEFFER URQUIAGA, Emilio, “Código Procesal Penal Anotado y Concordado”, Segunda Edición actualizada y aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, febrero del año 2006, pág. 157.

agregar era la siguiente: "*pero siempre en presencia de su defensor, si lo pidiere el imputado, para lo cual los fiscales deberán adoptar las medidas que fueren necesarias*".

Sin embargo, como se aprecia del inciso 2° del artículo 91 del Código del ramo, aprobado finalmente, el fiscal puede delegar en la policía la toma de la declaración, bajo su responsabilidad, pero sin que sea necesaria la presencia del defensor.

En suma, la policía, bajo la figura de la delegación o autorización del fiscal, puede de manera autónoma, interrogar o tomarle declaración al coimputado sin que aquél esté con su defensor. Es decir, en este inciso segundo se instituye una excepción a la regla general del inciso 1° del mismo artículo, relativa a la presencia ineludible del defensor para cuando no se le pregunte por la policía, otra cosa distinta de la constatación de la identidad al coimputado.

Sobre el particular, la Fiscalía Nacional, con fecha 12 de diciembre del año 2000, dictó el instructivo N°31 ²²³ que da instrucciones complementarias a las policías, de acuerdo al artículo 90 del Código Procesal Penal. En este documento, se señalan en el acápite IV las instrucciones precisas a la policía sobre el tema de las declaraciones de imputados.

Otro aditamento importante que cabría hacer en este tema, al efecto de estudiar la posible exclusión por ilicitud sería la siguiente: Es una práctica habitual que algunos fiscales impartan instrucciones particulares o generales a las policías, con la finalidad de que aquellos le tomen declaración a los coimputados en torno a una investigación de un ilícito penal.

La policía, en cumplimiento a esta orden amplia de investigar, concurre donde el coimputado y le toma declaración, luego, más adelante, en la fase del juicio oral, ese mismo policía declara sobre lo que le escuchó decir al coimputado.

Estimo que tal actividad en la que participan fiscal y policía contraviene expresamente la idea que subyace en la norma legal referida del inciso 2° del artículo 91 del Código Procesal Penal. En efecto, parece que la norma autoriza la delegación del fiscal en la policía para casos extremos, y siempre que concurren algunos requisitos previos.

Explicando, señalo que el legislador fija claramente en la norma, los siguientes presupuestos:

1) que el coimputado esté solo ante la policía, es decir, sin un letrado que lo asista: "*si, en ausencia del defensor*;

2) que el coimputado se allane voluntariamente a declarar: "*el imputado manifestare su deseo de declarar*";

223

Nota: Véase El instructivo N° 31 de la Fiscalía Nacional, de fecha 12 de diciembre del año 2000, en anexo N°6 de esta

tesis.

3) la policía en ese caso, debiera llevar al coimputado a declarar ante el fiscal o bien, el fiscal constituirse en la unidad policial en que se encuentre el imputado que desea declarar: *"la policía tomará las medidas necesarias para que declare ante el fiscal"*;

4) en caso de que las medidas tomadas hagan imposible que el fiscal tome la declaración del coimputado: *"si esto no fuere posible"*; y

5) la policía podrá tomarle la declaración al coimputado: *"la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar"*.

En este punto surge la interrogante si lo facultativo por el uso de la expresión verbal "podrá" es el tomarle la declaración o bien, consignar la misma.

Estimo que lo facultativo nunca podría ser consignar o no por escrito tal declaración, pues, si analizamos los artículos 180 y 181 del Código Procesal Penal, tenemos que los fiscales dirigen la investigación y pueden realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que condujeren al esclarecimiento de los hechos, eso dice la primera de las normas citadas, pero, en ambos casos, ya sea para el fiscal o para la policía, puesto que el artículo 181 comienza con la frase: *"para los fines previstos en el artículo anterior"*, se señala que *"la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones"*.

En suma, parece obligatorio el consignar las declaraciones en la fase de investigación, en consecuencia, la facultad de la policía en el caso que analizamos, debería quedar reducida sólo a una, tomarle o no la declaración.

Volviendo a la mala praxis referida, anoto que cuando el fiscal de antemano faculta al policía para que le tome declaración a un coimputado en una instrucción particular o general, se está excediendo la facultad de la delegación, pues se debería demostrar previamente que el coimputado, en primer lugar ya ha expresado su voluntad de declarar ante el fiscal, en segundo lugar que no cuenta con defensor que lo asista y, en tercer término que la policía ya hizo todo lo posible por hacer que el fiscal concurra a tomar la declaración al coimputado, pues sólo en tal evento se le permite al fiscal delegar tal actuación en la policía.

Sólo en esos casos y con la noticia de que el coimputado está llano a declarar, podría el fiscal autorizar bajo su responsabilidad esa toma de declaración en la policía, bajo los mismos parámetros exigidos al fiscal en el artículo 194 del Código Procesal Penal, si se tratare de la primera declaración.

En suma, puede excluirse, en mi opinión, la testimonial del policía en el juicio que escuche como testigo de oídas la declaración de un coimputado ante él, en el caso de que

aquél la tome en uso de una instrucción particular o general que le impartió el fiscal, pues esa sería una autorización que no puede dar el fiscal anticipadamente, sin el cumplimiento previo de los requisitos exigidos en tal norma, pues ese es un caso de excepción que rompe la regla general del inciso 1° del artículo 91 del citado cuerpo legal.

Si, por el contrario se dan todos y cada uno de los supuestos exigidos por la norma del inciso 2° del artículo 91, tantas veces citado, la policía, además, debería cumplir con las exigencias previas del artículo 194 del Código en estudio, al tomarse la declaración voluntaria al imputado, y si ello no se demuestra, en mi opinión y aquí concuerdo con ZAPATA GARCÍA, podría excluirse también, por parte del juez de garantía dicha probanza.

El fundamento de las exclusiones probatorias indicadas, para los casos que se analizan, podrían estar, como ya se indicó en la letra b) del apartado 2.2 anterior, en la vulneración al derecho de defensa.

Una jurisprudencia ²²⁴ de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, aún es más drástica en orden a no permitir bajo ninguna hipótesis la declaración de los testigos de oídas –

224 Sentencia ICA de Punta Arenas, Rol 90-2007, de fecha 9 de octubre de 2007, extraída de vínculo de internet: http://www.puntolex.cl/prod_ppp/585/article-35267.html. tal sentencia, en lo pertinente, señala que: "6º) Que si la Fiscalía utiliza a la policía para que testimonie sobre la declaración inculpativa del imputado, estará igualmente utilizando un medio de prueba prohibido, vulnerando disposiciones legales y los derechos de defensa, al silencio del imputado y a la no autoincriminación, vale decir, por una vía distinta, cuál sería la declaración testimonial estaría reproduciendo una confesión. 7º) Que en igual sentido se ha pronunciado el Profesor Orlando Poblete Iturrate, Magíster en Derecho, con mención en Derecho Judicial, por la Universidad de Chile Profesor de Derecho Procesal, Decano de la Universidad de Derecho de Los Andes, con motivo del informe en derecho 1-2002 denominado Sobre el Derecho de los Funcionarios Policiales a Declarar en el Juicio Oral sobre lo que los Imputados habían Declarado ante ellos al Momento de su Detención, al señalar en su página 51 lo siguiente: La declaración del imputado durante la investigación no será nunca medio de prueba. Ni en la hipótesis en que la policía pueda recibirla ni en ninguna otra ni aunque sea espontánea, puede la Fiscalía considerarla como medio de prueba. La ley la concibe como medio de defensa en toda circunstancia. Tal es la forma dispuesta por el Código para asegurar la vigencia de los derechos de defensa y al silencio y a la no autoincriminación. Ha discurrido el Código, en la línea de entender que valorando la declaración del imputado de otro modo, como confesión, por ejemplo, las posibilidades de amenaza o perturbación de tales derechos se multiplican o su vigencia se disminuye. Si la fiscalía la aprovecha como medio de prueba si utiliza la declaración como prueba inculpativa, hace uso de un medio de prueba prohibido (estaría utilizando una confesión) y vulnera los derechos de defensa y al silencio y a la no autoincriminación. Si se usa a la policía para que testimonie sobre lo mismo, sobre la declaración inculpativa del imputado, incurre en igual ilícito, vulnera las mismas normas (por unas vías distintas, la de la declaración testifical, estaría reproduciendo una confesión). En la página 54 indica: En definitiva, la prohibición de la confesión como medio de prueba durante la investigación pesa esencialmente sobre la fiscalía. Es obvio que el fiscal no puede vulnerar esta prohibición proponiendo la declaración del imputado como medio de prueba de la acusación. Pero la prohibición tampoco admite que el auxiliar del fiscal, convertido en testigo, pretenda lograr lo que al perseguidor por excelencia le está prohibido. En su página 69, consigna: Finalmente, entiéndase que el tema está ligado a la confesión que, como hemos dicho, el Código excluye como medio de prueba en la investigación. Admitir a la policía como testigos de declaraciones del imputado que no correspondan a la naturaleza de este medio de defensa es, en el fondo admitir que la confesión sí puede darse durante la investigación y que la misma puede reproducirse por la vía de la prueba de testigos. Claramente la hipótesis contraría las normas del Código. 8º) Que, a mayor abundamiento, el Profesor Raúl Tavolari Oliveros, en su obra Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos. Editorial Jurídica de Chile, año 2005, en su página 170, en su nota 113, puesta al margen de la misma, señala: Por el necesario rigor en el modo de exponer las ideas, agregó que, en mi concepto, no resulta admisible, en cambio, que para ser usados como testigos en el juicio posterior, agentes policiales asistan al interrogatorio al que el Fiscal someta al imputado, tanto porque ello sí constituye un elemento intimidante, con las dramáticas consecuencias que la jurisprudencia chilena conoce, como el crimen de la Calchona, en que jóvenes campesinos fueron condenados y mantenidos privados de libertad por cinco años, en virtud de declaraciones prestadas en el Juzgado del Crimen, bajo la vigilancia de funcionarios policiales, cuanto porque asistir a los interrogatorios no es función policial y, por ende, no hay incumplimiento alguno de deberes si el agente reconoce ignorar lo que el imputado declaró ante el Fiscal. Igualmente, Tavolari Oliveros, en la página 177, de la obra citada, señala: Conclusiones. a) Es posible que terceros atestigüen en juicio lo que escucharon decir al imputado, sin que ello represente infracción ilegal o constitucional alguna. Si se trata de agentes estatales para calificar la situación es necesario atender a la eventual amenaza a la libertad del sujeto declarante que resulte de las circunstancias específicas que rodearon la situación; y e) No es legalmente posible que convocados o por decisión propia, agentes policiales se constituyan en los despachos de los Fiscales del Ministerio Público para

policías – respecto de lo que han escuchado decir al coimputado en la fase de investigación, declarando su exclusión parcial, por haber sido obtenida con inobservancia a las garantías constitucionales, específicamente, el derecho del imputado a guardar silencio y a la no autoincriminación.

Sin embargo hay jurisprudencia en contrario, una de ellas de la ICA de Santiago, ²²⁵ otras, la Rol 105-2006 de la ICA de Antofagasta, de fecha 27 de julio de 2006 y la Rol 98-2004 de la ICA de Rancagua de fecha 16 de mayo de 2006.

Comparto la conclusión de **CERDA SAN MARTÍN**, cuando señala que: *“la decisión del imputado, de renunciar a su derecho a guardar silencio, no puede ser coaccionada de ninguna forma y la realización de la actuación de toma de la declaración debe sujetarse estrictamente a las condiciones descritas en la ley, en cada caso, pues ellas constituyen una garantía de su derecho”*. ²²⁶

escuchar las declaraciones del imputado y poder reproducirlas en juicio; tal presencia constituye una manifiesta coacción y representa una presión que atenta contra la libertad del imputado para formular sus dichos. 9º) Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal, el Juez de Garantía se encuentra facultado para examinar la prueba ofrecida y escuchando a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes; las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; las que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquéllas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. 10º) Que conforme a lo razonado precedentemente es de parecer de estos sentenciadores confirmar la sentencia apelada, sin que en nada altere lo concluido, la afirmación del apelante en orden a que el Juez de Garantía habría modificado un punto de prueba propuesto por el Ministerio Público, introduciendo un hecho negativo, toda vez que habiendo la defensa hecho uso de su derecho consagrado en el artículo 272 del Código Procesal Penal en orden a excluir parcialmente la prueba testimonial ofrecida por la Fiscalía y luego de haber oído a dicho organismo, la Magistrado se limitó a resolver la cuestión planteada, declarando su exclusión parcial, por haber sido obtenida con inobservancia a las garantías constitucionales, específicamente, el derecho del imputado a guardar silencio y a la no autoincriminación. Que, de otro lado, el citado artículo 276 no prohíbe la exclusión parcial de prueba. Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de conformidad con lo prevenido en los artículos 93 letra g), 98, 259, 272, 276, 352, 358 y 360 del Código Procesal Penal, se confirma la resolución apelada contenida en la audiencia de preparación de juicio oral de fecha cuatro de septiembre de dos mil siete, reproducida en el respectivo registro de audio, con declaración que los Funcionarios de Carabineros de Chile H.A.F.F., M.C.R., M.M.A., N.S.V. y R.M.M., depondrán sobre la labor Policial desarrollada en relación a los hechos fundantes de la acusación, los que no podrán referirse ni declarar acerca de lo que han escuchado decir al acusado durante las diligencias de investigación y que lo incrimine. Redacción de la Ministro Srta. San Martín. Regístrese y devuélvase. Rol N° 90-2007”.

²²⁵ *Sentencia ICA de Santiago, Rol 89-2006 de fecha 30 de enero de 2006, visitada en el siguiente vínculo de internet con fecha 15 de julio de 2010: http://www.puntotext.cl/prod_ppp/585/article-6165.html, que señala: rol Corte 89-2006, señala sobre el particular: “3º Que para la exclusión el juez tomó en cuenta que este policía fue testigo de lo que declaró el imputado ante el fiscal recurrente y en consecuencia su inclusión como testigo en el juicio oral viola el derecho del acusado a guardar silencio en juicio. Para la limitación, en tanto, se resolvió que se acogía la exclusión sólo en un ámbito temático omitiendo como punto en la futura declaración de los testigos el de especies que había en el lugar al momento del allanamiento, argumentando para ello que el registro se practicó infringiendo las garantías fundamentales por no existir orden que lo autorizara. 4º Que en cuanto a la exclusión del testigo M.S., se acogió la petición en tal sentido, ya que al tomársele declaración al imputado no se le advirtió que el policía presente en ella podía declarar posteriormente en su contra en el juicio oral, vulnerando así su derecho. 5º Que esta Corte no comparte la decisión impugnada ni sus razonamientos, toda vez que la advertencia que la defensa aduce en cuanto a que la presencia del policía y futuro testigo invalidaría la calidad de este último para aparecer en la etapa probatoria, no se encuentra consagrada en ninguna norma y, en todo caso, no tiene el carácter suficiente como para estimar que se trate de una infracción a las garantías constitucionales. Por otra parte, el artículo 91 del Código Procesal Penal consigna la calidad o entidad de las situaciones en que puede encontrarse una posible declaración del imputado, no desprendiéndose de su lectura algún concepto que apoye la tesis de la defensa respecto a la exclusión de que se trata. De igual manera, se pretende fundar la exclusión en la violación del derecho a guardar silencio que le concede la ley al imputado con lo que declarar el señalado policía M.S., lo que también se rechazará, habida consideración que aceptar este razonamiento, significaría cercenar al tribunal del juicio oral la posibilidad de apreciar y valorar la prueba testimonial que se rinda en el proceso”.*

²²⁶ **CERDA SAN MARTÍN**, Rodrigo, *“Manual del Sistema de Justicia Penal”*, Tomo 1, 2ª edición actualizada, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, septiembre de 2010, pág. 253.

4.1.1.c).- declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante la Policía, de manera provocada

En este caso, como expliqué en el punto 2.2.1.3. del capítulo II de esta tesis, tal declaración - sería la dada por el coimputado forzado a ello, por métodos que anulen su voluntariedad -.

Pues bien, este es el caso paradigmático que se quiere evitar, esto es, que la policía torture a un coimputado, con la finalidad de tomarle - o mejor dicho sacarle - una confesión y que luego, tal relato pueda ser llevado al juicio por parte del o los policías que la escucharon habiéndola obtenido bajo tortura o cualquier otro trato inhumano y degradante.

El artículo 195 del Código Procesal Penal señala: *“Métodos prohibidos. Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar. En consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal.*

Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis.

Las prohibiciones previstas en este artículo rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados”.

La actuación o diligencia de la policía para obtener mediante métodos prohibidos la declaración del coimputado sería una de aquellas que se obtienen con inobservancia de una garantía fundamental, como la señalada en el literal a) del apartado 2.2 de este capítulo y en consecuencia, siempre debería ser excluida.

4.1.1.d).-declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante el fiscal del ministerio público, con o sin la presencia del defensor

Pero, también puede ocurrir que el mismo ente persecutor, un querellante adherido y la defensa, conforme lo permite el artículo 259 literal f) ofrezcan como testigo de cargo a un fiscal que depondrá, entre otras cosas, en el futuro juicio oral, sobre lo que le escuchó decir al coimputado cuando le declaró en fase de investigación.

El fiscal será alguien que de oídas escuche lo que le declaró un coimputado en su presencia, lo mismo ocurrirá para las otras personas que se encuentren presentes en dicha diligencia. Sin embargo, ahora nos haremos cargo solamente del fiscal.

Las preguntas que vienen de inmediato son:

1) **¿el hecho de que el fiscal escuche la declaración que le presta el coimputado, con o sin la presencia del defensor, lo constituye o no en un testigo de la misma declaración?,**

2) **¿para el caso de que se le considere un testigo de oídas, debe admitirse su declaración como testigo de cargo?**

En el anexo 1) de esta tesis está la opinión del Fiscal Nacional, dada en un instructivo a los fiscales, allí, en síntesis indica que ellos no podrían declarar en calidad de testigos, reconociendo sin embargo, que en abstracto podrían ser testigos de oídas.

El Ministerio Público, fundamenta sus razones, sintéticamente, en las siguientes ideas:

a) *“La doctrina procesal distingue, por una parte, entre la capacidad en abstracto para ser testigo, esto es, la capacidad en relación a cualquier proceso y, por otra, la capacidad en concreto, referida a un proceso determinado, la que también se denomina incompatibilidad”;*

b) *“En lo que se refiere a los fiscales que sostienen la acción penal pública en una causa concreta- además de la obligación de guardar secreto a que me referiré más adelante- tampoco pueden ser citados a declarar como testigos en razón al rol que cumplen.*

c) *“En su labor, ejerce una función pública y es custodio de los antecedentes que recaba y de su secreto frente a terceros, en la etapa de investigación (artículo 182 del Código Procesal Penal) También está obligado a guardar secreto como profesional abogado.*

d) *“Además de lo ya señalado respecto a la obligación de confiabilidad, resulta materialmente incompatible el desempeño de fiscal con su eventual testimonio. Esta incompatibilidad surge de la naturaleza de su rol de investigador por cuenta del Estado, con el de servir de medio de prueba para los hechos que investigue. El fiscal es un interviniente cuya principal función es dirigir en forma exclusiva la investigación para ejercer la acción penal pública en su oportunidad.*

e) "El secreto a que están obligados los fiscales, queda comprendido entre aquellos a que se refiere el artículo 246 del Código Penal, que tipifica como delito, la actuación del funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio. De consiguiente, los fiscales deben negarse a prestar declaración testimonial sobre hechos que hayan investigado, o relativos a investigaciones, de los cuales hayan tomado conocimiento en su calidad de funcionarios, sin perjuicio de concurrir a la audiencia cuando ello sea compatible, haciendo valer la excepción del artículo 303 del Código Procesal Penal y la obligación de guardar secreto según lo previsto en el artículo 182 del Código Procesal Penal y en su calidad de abogados".

Este tema también ha generado dudas en el extranjero, particularmente en Costa Rica.

Así, la fiscal adjunta de ese país, **CAMPOS ZUÑIGA**,²²⁷ se hace la misma pregunta, concluyendo, entre otras cosas que: "Sin embargo, nuestro análisis lo queremos plantear desde otra óptica, desde otro tipo de incompatibilidad. Incompatibilidad que sustentamos a partir de que su "conocimiento sobre el objeto de la investigación lo han adquirido en virtud de su intervención funcional". Es a partir de esta premisa que consideramos que al facultarse que un fiscal o fiscales encargados de una investigación, asuman luego la condición de testigos de cargo, constituye un mecanismo de investigación estatal que pone en desventaja a una de las partes más débiles del proceso: el imputado".

El tema de la declaración de fiscales como testigos de oídas, ha sido un tema debatido en Chile.

Así, en una sentencia de una contienda de competencia entre un fiscal regional y un juez de garantía, que conoció el Tribunal Constitucional de nuestro país, aparecen las opiniones de la fiscalía, de la defensoría penal y del juez de garantía, debatiendo en parte sobre la presencia de un fiscal como testigo en un juicio; así el juez de garantía **Daniel Aravena Pérez**, titular del 8º Juzgado de Garantía de Santiago, señaló en su informe lo siguiente, sobre el punto que nos interesa²²⁸: "Observa que, a su juicio, se produciría un problema de legalidad, siendo suficiente que un fiscal participe en una audiencia de control de detención para no ser citado como testigo, con lo que bastaría ponerlo a cargo de una diligencia mínima para evitar que declare, en infracción de lo dispuesto en los artículos 276 y 277 del Código Procesal Penal, que establecen como materia de decisión jurisdiccional la determinación de quiénes son los obligados a concurrir a la audiencia de juicio en calidad de testigos. Se produciría así una

227 CAMPOS ZUÑIGA, Mayra "Un Tema Para Reflexionar: El Fiscal Como Testigo"; artículo aparecido en *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, sin señalarse año de publicación, en el siguiente vínculo de internet, visitado el día 9 de julio de 2010: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2020/UN%20TEMA%20PARA%20REFLEXIONAR%20EL%20FISCAL%20COMO%20TESTIGO.pdf>.

228 Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, en los autos rol 1531-09 de fecha 10 de diciembre de 2009, en el siguiente vínculo de internet visitado 21 de julio de 2010: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1269>.

desviación de la finalidad de la norma, porque, señala, “lo que protege la inhabilidad no es el impedimento para que un fiscal vaya a declarar como testigo de la defensa”, punto que fue resuelto en las audiencias de 27 de octubre y 3 de noviembre pasado, permitiendo que el fiscal Caroca declare como testigo, para evitar la infracción de la garantía constitucional del debido proceso, ya que no se puede menguar el derecho de la defensa que lo presentó como testigo”.

Por su parte, según se lee en la misma sentencia del Tribunal Constitucional, recién referida, la Defensora Nacional **Paula Vial Reynal**, informó entre otras cosas, lo siguiente: “Agrega que en el nuevo Código Procesal Penal no existen testigos inhábiles per se. En este sentido, las excepciones a la obligación de comparecencia por parte de los testigos se encuentran regladas en su artículo 300, norma en la cual no se encuentra incluido el fiscal, lo que es confirmado por el artículo 63 de la Ley N° 19.640, que en su letra c) permite que declaren como testigos sobre hechos que hubieren tomado conocimiento en el ejercicio del cargo, previa comunicación a su superior jerárquico. En abono de su argumentación, la defensora enumera además diversos casos en los cuales un fiscal ha declarado como testigo”.²²⁹

Por su parte, el Ministerio Público requirente, según se aprecia de la misma sentencia señalada, mediante el fiscal regional **Xavier Armendáriz Salamero** expuso: “Agrega que el fiscal, en tanto ciudadano, debe comparecer a un Tribunal cuando es citado y que la discusión gira sólo en torno al persecutor a cargo del caso, señalando que de todos los casos en que fiscales han declarado como testigos, ninguno lo ha hecho mientras se encuentra asignado a la causa. En abono de su tesis, cita doctrina del profesor Roxin, para sostener que el peligro de la confusión de roles “autoriza al acusado a alejar del procedimiento al fiscal a través de su designación como testigo”, además de la definición que mismo autor formula acerca de este último, en tanto es aquel que “sin estar excluido de esa posición por un papel procesal de otro tipo, debe dar a conocer sus percepciones sobre los hechos ante el juez por medio de una declaración”, sin perjuicio de otras referencias bibliográficas y jurisprudenciales en el mismo sentido”.²³⁰

Creo que para dilucidar correctamente el tema en cuestión, habría que distinguir los siguientes casos:

229 Ídem cita anterior.

230 Ídem cita anterior.

4.1.1.d1).- ¿Quién cita al fiscal como testigo?

4.1.1.d1)1).- la propia fiscalía cita como testigo de oídas de lo dicho por un coimputado al fiscal que presencié tal declaración

Digo que el fiscal podría perfectamente ser un testigo de oídas, por regla general, el artículo 309 del Código del ramo señala que no hay testigos inhábiles y luego el inciso final de la misma norma, agrega que: *“Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere oído referir a otras personas”*.

Hay que tener presente que el artículo 329 del citado cuerpo legal dispone que: *“Antes de declarar,..... los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia”*, en consecuencia, el fiscal que participa en el juicio como interviniente, no podría declarar luego como testigo de oídas de lo dicho por el coimputado.

En mi opinión, los elementos de cargo en contra de la actuación de un coimputado, debieran venir de fuentes más imparciales que las del propio investigador.

Explicando de inmediato, me refiero a una inclinación parcial y natural del fiscal, derivada del cumplimiento de su propia actividad acusatoria, pues aquél debiera estar imbuido del convencimiento de culpabilidad del acusado (coimputado), en consecuencia, él tendría un lógico interés en participar de manera activa, como elemento probatorio de cargo, empero, en mi opinión no podría serlo, pues estaría de esa manera proporcionando una probanza que él mismo ayudó a “pre constituir” en la fase de investigación y de esta manera estaría actuando con ventaja por sobre la parte más débil como señala CAMPOS ZUÑIGA, que para los efectos de esta investigación sería el coimputado del juicio.

Lo dicho respecto del fiscal es aplicable, enteramente al abogado asistente del fiscal.

4.1.1.d1)2).- la parte querellante cita como testigo de oídas de lo dicho por el coimputado al fiscal que presencié tal declaración

Si bien, en este caso, a priori podría estimarse que el fiscal no pre constituye la prueba, porque otro interviniente – el querellante constituido como acusador adherido o particular – lo presenta como testigo al juicio, la verdad es que constituyen una misma parte, van por caminos paralelos con una idéntica finalidad, obtener la condena del coimputado, en

consecuencia, nos enfrentamos a los mismos problemas del caso anterior y existirían las mismas razones para denegar tal solicitud de prueba testimonial. ²³¹

4.1.1.d1)3).-La Defensa cita Como Testigo de Oídas de lo dicho por el Coimputado al Fiscal que presencié tal declaración

Creo que ésta es la única opción válida para que llegue al Tribunal del Juicio Oral la declaración de un coimputado, dada en la fase de investigación al fiscal, empero, advierto que el problema que podría presentar sería el de la utilización de este medio probatorio – fiscal como testigo de oídas del coimputado – como un mecanismo ideado por la defensa que persiga únicamente sacar al fiscal de la investigación como interviniente del juicio oral y no aportar antecedentes reales para su defensa. ²³²

Sin embargo, cabe recordar que si se trata de coimputados menores de edad, regidos por la Ley N° 20.084, ellos nunca pueden declarar ante el fiscal sin la presencia de su defensor, así lo dice expresamente la ley, y también lo ha resuelto una jurisprudencia de una Corte de Apelaciones. ²³³

231 Nota: véase nota 117 de pie de página.

232 Nota: véase nota 118 de pie de página

233 Sentencia ICA de San Miguel, Rol 129-2007 de fecha 10 de marzo de 2007, visitada en el siguiente vínculo de internet con fecha 20 de julio de 2010: http://www.puntolex.cl/prod_jel/590/article-28155.html, que en lo pertinente señala: "QUINTO: Que esta Corte estima que, la declaración prestada por el menor ante la Fiscal de la Fiscalía Especializada de Delitos Violentos y Sexuales, no se encuentra en armonía con lo establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en especial su artículo 40, en efecto, señala esta norma en su letra b) "Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente : I) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; II) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; III) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; IV) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad", la desarmonía está presente, desde el instante que la recurrente afirma en su presentación que "se le informó al padre de F.A. antes de que prestara declaración, los cargos que pesaban contra él, su derecho a guardar silencio, y a contar con un abogado.", cuando por otra parte sostiene que el padre no acompañó al menor al momento de su declaración, como tampoco, entonces, se le habría informado a éste en forma directa e inmediata los derechos y garantías que contempla para el imputado el artículo 93 del Código Procesal Penal. Por otra parte, si el Ministerio Público consideró que no era pertinente que la representante legal acompañara al menor mientras prestaba declaración, por ser a la vez, también representante legal de la víctima, debió dar cumplimiento a lo establecido en la letra b) del Artículo 93 citado, esto es, que el menor debió ser asistido desde los actos iniciales de la investigación por un abogado. SEXTO: Que por otra parte, para estos sentenciadores el derecho de defensa jurídica consagrado en la Constitución Política de la República artículo 19 N° 3, fue infringido, desde el momento que el Ministerio Público consideró conveniente que el padre no acompañare al menor cuando prestaba su declaración, sin adoptar todas las medidas necesarias que permitieran que el menor haya tenido una defensa jurídica adecuada. SEPTIMO: Que por su parte la doctrina señala que "El interrogatorio del imputado sin advertirle previamente de sus derechos como corresponde conforme a los artículos 93 letra a), 94 letra b) y 135 inciso segundo, específicamente de su derecho a guardar silencio (artículo 93 letra g) y a ser asistido por un abogado (artículo 93 letra b), debería dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias a su declaración" ("La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno", Héctor Hernández Basualto, Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas, N°2, año 2002. pág. 98) Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 180, 181, 193 y 352, del Código Procesal Penal, SE CONFIRMA la resolución recurrida de fecha dieciséis de enero de dos mil siete, en cuanto establece que la testigo R.S.Z. NO PODRÁ DECLARAR sobre el testimonio que habría prestado el imputado durante la investigación".

También debería tenerse presente la siguiente situación: Un fiscal es citado por la defensa como testigo de oídas de lo que le escuchó decir a un coimputado, que pudiere serle favorable a sus intereses, sin embargo, al ser conainterrogado por la fiscalía – que sería en el juicio la contraparte de este testigo - pudiere tal testigo declarar en contra del coimputado.

En este punto, simplemente habría que confiar en la objetividad del fiscal de declarar lo que sepa, pues está bajo juramento, ya sea que aquello afecte o beneficie al coimputado.

4.1.1.e) declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante un tercero no vinculado al proceso

He dicho en el apartado A3b) del punto 1.2 del capítulo II de esta tesis que hablo de particular o tercero vinculado al proceso, cuando, en razón de una diligencia de investigación, ya sea de cargo o de descargo, por ejemplo una pericia determinada o un examen de primeras atenciones médicas, una persona indague preguntándole al coimputado sobre los hechos y luego citado como testigo o perito al juicio, declara éste sobre lo que aquél le contó en relación a los hechos.

Por el contrario, cuando no se refiera a estas personas, sino a cualquier tercero o particular que no esté vinculado con la investigación en razón de su actividad profesional, sino que sólo de manera casual escuchó algo del coimputado, puede para el futuro juicio oral ser traído como testigo de oídas al juicio.

La única salvedad es que aquél haya recibido voluntariamente la declaración del coimputado y no lo haya forzado a ello, con alguno de los métodos prohibidos en la ley en el artículo 195 del Código del ramo y que, además, no se trate de aquellas personas que están exceptuadas de prestar declaración por motivos personales, como se señala en el artículo 302 del Código Procesal Penal.

En caso de que se cumpla con las exigencias señaladas esa probanza testimonial no podría ser excluida para un futuro juicio oral.

4.1.1.e1).-declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante un tercero vinculado al proceso

Ya he mencionado que un tercero puede estar vinculado al proceso en razón de su actividad o profesión, por ejemplo, un médico, un psicólogo, un psiquiatra, una matrona, una enfermera, etc.

Esas personas, lógicamente pueden haber escuchado decir algo casualmente al coimputado, en esos casos, como cualquier persona, podrían ser llevadas a un juicio oral futuro en calidad de testigos.

Empero, si la noticia –esto es lo que les diga el coimputado – ya no les llega de manera casual, sino que ellos, justamente en razón del cumplimiento de sus actividades o profesiones indagan sobre aquello, preguntándole en la anamnesis, ²³⁴ como se hace en el sector de la salud por los profesionales indicados, sobre los hechos y la participación del coimputado, nos preguntamos si tales asertos pueden llegar o no libremente al juicio por parte de los testigos o peritos, que en razón de sus propias actividades los hayan requerido y luego depongan en el juicio oral, pues seguramente, el coimputado no está advertido de que lo que les diga a ellos en la fase de investigación, luego podría ser usado en el futuro juicio oral.

Lo normal es que el interviniente que presenta al testigo o perito indicado, normalmente, como se dijo del sector salud, le interroguen en la audiencia también, sobre lo que el coimputado le dijo sobre los hechos y su participación.

234 Nota: "ANAMNESIS": Examen clínico de los antecedentes patológicos del enfermo. Son los datos o información relevante acerca del paciente, su familia, el medio en que ha vivido, las experiencias que ha tenido, incluyendo sensaciones anormales, estados de ánimo o actos observados por el paciente o por otras personas con la fecha de aparición y duración y resultados del tratamiento. Es la obtención de datos acerca de un paciente con el propósito de identificar los problemas actuales de salud. Incluye datos objetivos y subjetivos: OBJETIVOS: Son la parte observable de la información. Se pueden medir y se obtienen por técnicas de exploración y valoración. Técnicas de obtención de datos objetivos: Inspección, palpación, auscultación, percusión. SUBJETIVOS: Son los datos aparentes para la persona afectada y pueden describirse sólo por esa persona. Corresponde a los síntomas. Entrevista: es la capacidad de comunicación mediante la cual, la enfermera explora los pensamientos, sentimientos y percepciones del individuo, con el propósito de: Obtener datos, dar información, identificar problemas, evaluar cambios. Tipos de entrevista: ENTREVISTA DIRECTA: Se realiza sobre el paciente y está altamente estructurada. Sirve para sacar datos específicos sobre una patología, mediante preguntas específicas. ENTREVISTA INDIRECTA: El paciente lleva la conversación y pauta donde el profesional puede intervenir para conseguir datos concretos. Contenido de la entrevista. - Filiación, Perfil del enfermo: Nombre, apellidos, edad, sexo, estado civil, ocupación.- Fuente de datos: Quien es el informante (enfermo, familia...), el estado del enfermo es importante (niño, anciano, pérdida de conciencia), se debe valorar la confiabilidad del informante, la familia y otros allegados son fuente secundaria de información y que nos puede ayudar a completar la información o los datos.- Problema principal: Es aquel que obliga al paciente a buscar atención sanitaria.- Historia de la enfermedad actual: Fecha de comienzo cronológico de las manifestaciones, detalle de síntomas específicos, dolor, fiebre (intensidad, duración, características...), el entrevistador debe incidir en los factores que agraven o alivien los síntomas.- Antecedentes personales: Anotar cronológicamente todas las enfermedades importantes sufridas anteriormente, complicaciones, medicación, vacunaciones, alergia a fármacos y sustancias, uso de alcohol y drogas. - Revisión de aparatos y sistemas: Valorar la presencia o ausencia de síntomas pasados o presentes. - Antecedentes familiares: Buscaremos enfermedades hereditarias o contagiosas en padres, hermanos, abuelos, hijos, primos, cardiopatías, cáncer... También en enfermos que viven con el paciente.- Perfil del enfermo: Capacidad del paciente para afrontar el problema, relaciones sexuales e íntimas, ocupación estudios, significado de enfermedad para él, sostén emocional y físico, estilo de vida: costumbres y hábitos, acontecimientos del pasado relacionados con la salud, experiencias previas, ambiente físico donde vive, y riesgos potenciales. En <http://www.elergonomista.com/enfermeria/anamnesis.htm>, visitada 06/09/2010.

Tengo mis reparos a lo anterior, pues, esta declaración que le preste el coimputado al perito o profesional de la salud, por ejemplo, sobre los hechos y su participación, no va precedida de la advertencia a no declarar y a ejercer su derecho a guardar silencio y si aquél la reproduce luego en el juicio, en mi opinión se estaría vulnerando su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse.

Como bien se sostiene en un artículo de la Escuela Judicial Hondureña (sin mencionarse a su autor): ²³⁵ *“Aún más reprobable es utilizar al perito como un sedicente interrogador del acusado. No es infrecuente que las partes y aun el órgano jurisdiccional pregunten al perito psiquiatra o psicólogo si, en la anamnesis, esto es, en el interrogatorio sobre antecedentes de hecho, el explorado admitió su participación en el hecho delictivo. De considerar admisible este tipo de preguntas, se llegaría a la aceptación de un interrogatorio sin garantías y, para colmo, practicado por un profesional sanitario, revestido de la aureola de secretividad y confianza característica de la relación entre el médico y el enfermo. Abrir la posibilidad de que el perito proporcione en juicio la información adquirida en la exploración del imputado, con la sola condición de advertirle que todo lo que comunique podrá ser retransmitido en juicio, generaría el peligro de frustración de la eficacia de la prueba, ya que el interrogado se colocaría en una posición de prevención, con el consiguiente peligro de sesgar sus respuestas a su favor. La lectura de la documentación de actos de investigación debe reducirse estrictamente a casos de imposibilidad o extraordinaria dificultad de practicar la prueba en juicio. De otro modo, la utilización de ese material como fuente de convicción podría dar lugar a la anulación del fallo”.*

Una jurisprudencia ²³⁶ en contrario, en nuestro país, ha establecido: *“3.- Que de los antecedentes expuestos, resulta que el acusado prestó sus declaraciones autoinculpatorias ante la policía, y también ante peritos, libremente, sin ser obligado a ello en modo alguno, y habiendo, por ello, renunciado previamente al derecho de guardar silencio. Afirmar que quienes escucharon lícitamente esa confesión no pudieron dar testimonio en el juicio oral, significa intentar dar un efecto retroactivo inadmisibles a la decisión posterior del inculpado de guardar silencio durante el juicio oral, con consecuencias sumamente defectuosas para la suerte que correría la investigación y la prueba rendida durante ella (Recurso de Nulidad. Excma. Corte Suprema 922-4, RIT 152.2003 Tribunal Oral Antofagasta)”.*

Como comentario a la jurisprudencia anterior, señalo que si bien se puede establecer que el acusado puede declarar voluntariamente ante los peritos, confesando su

235 ESCUELA JUDICIAL DE HONDURAS: *“Lección 17: Interrogatorio de la víctima, testigos y peritos en el acto del juicio oral en el código procesal penal hondureño. Principales causas de nulidad de actuaciones”.* <http://www.escuelajudicial.gob.hn/NR/rdonlyres/AF59D1D3-349B-432B-B41B-6FF929E4E2E1/3038/LECCI%C3%83%E2%80%9CN17.pdf>. Pág. 20. No se indica autor.

236 Sentencia de la ICA de Iquique, Rol Corte 36-2008 de fecha 2 de mayo de 2008, visitada en la siguiente página de internet [http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_RPP01/CL_RPP04/nivel%20300008.htm/nivel%20400009.htm?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0.](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_RPP01/CL_RPP04/nivel%20300008.htm/nivel%20400009.htm?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0.), visitada 14/07/2010.

participación, éste debería saber de antemano, antes de contestar las preguntas que pudiere hacerle el perito en la entrevista clínica o forense pericial, que tiene derecho a guardar silencio o bien, que en caso de que decida relatarle su participación, sepa que aquello puede, en un futuro juicio oral, ser relatado al Tribunal por el facultativo perito ante el cual declara.

Por otro lado, cabe hacer notar que la jurisprudencia indicada está refiriendo las siguientes cosas, que desde ya, no son tan claras; en primer lugar refiere que sería una escucha lícita de una confesión (por parte del policía y peritos); cabe hacer presente que si al encartado no se le señaló, de antemano, que lo que pudiera decirle al perito podría ser llevado a juicio, no habría una voluntariedad manifiesta y permitida de su parte, por lo que el tema de la licitud queda en entredicho por esa sola circunstancia.

Cabría agregar a lo anterior una crítica al último comentario del considerando referido, en cuanto se estaría dando un efecto retroactivo inadmisibles a la posterior decisión del inculpado de guardar silencio, con consecuencias "sumamente defectuosas para la suerte que correría la investigación y la prueba rendida durante ella"; a este tesista le parece que aún no se ha asimilado de manera adecuada la idea de que en este sistema, el ente persecutor debe acostumbrarse a investigar y llegar a juicio sin la versión del acusado, es más, siempre debería tener una prueba distinta de la autoinculpación que pudiere hacer un acusado, pues, incluso si el sujeto confiesa y no hay otro elemento probatorio de cargo como para dar por acreditada su participación, de conformidad a lo previsto en el artículo 340 del Código Procesal Penal, debería absolverlo.

Asimismo, estos otros elementos periféricos de prueba de la participación, no deben provenir del propio encartado, pues en el caso que se ocupen testigos de oídas de su testimonio anterior autoinculpatorio de la fase de investigación, en el fondo lo que se está haciendo, es llevando por bocas ajenas un único y mismo relato, pues la fuente sigue siendo la misma, el propio encartado.

No habría en mi opinión verdadera voluntariedad o libertad de confesar ante un nulo conocimiento de su derecho a guardar silencio o como ya adelantamos en esta tesis, a saber de antemano que, si renuncia a su derecho a guardar silencio, a que sepa que lo que diga puede ser usado en un futuro en su contra.

Una jurisprudencia argentina, en este sentido señala: "*Y CONSIDERANDO I. La Pericia tiene por objeto la obtención de un dictamen fundada en especiales conocimientos científicos, técnico o artísticos, necesario o útil para el descubrimiento valoración de un elemento de prueba (art. 231 C.P.P.). Como bien lo señala la doctrina el valor de ese dictamen guarda relación con la seriedad de sus conclusiones, métodos científicos utilizados, el nexo lógico entre las premisas y conclusiones, su coherencia y la calidad de sus fundamentos (cfr. Cafferata Nores José I.- Tarditti, Aída, Código Procesal Penal de la Pvcia. de Córdoba Comentado, Editorial Mediterránea, Tomo I, Pág. 563 y sgtes.) II. Acorde a lo dispuesto por el*

art. 242 del C.P.P. el dictamen contendrá en cuanto fuere posible la descripción de la persona examinada y la relación detallada de las operaciones que se practicaron y su resultado. Asimismo, las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte, o técnica y sus respectivos fundamentos son exigidos por la regla citada bajo pena de nulidad. La relación detallada de las operaciones que se practicaron y su resultado, si bien son fundamentales para la valoración técnico científica de las conclusiones a las que arriben, tiene ciertos límites. Estos se encuentran impuestos por el sistema de garantías de que goza el imputado. Ello impide por ejemplo, otorgar al perito atribuciones para inquirir al imputado sobre la realización del hecho delictivo que se le atribuye y por supuesto la de comunicar a la justicia tales expresiones. En el caso, surge evidente que el informe pericial practicado en autos y descrito en el punto I del resultando carece de las exigencias requeridas por la regla citada para la validez del acto. En efecto, los peritos no señalan cuáles operaciones practicaron y cuáles fueron los resultados que derivaban de ellas, para concluir como lo hicieron. Sólo mencionan haber tenido en consideración lo manifestado por el imputado respecto de cada uno de los hechos atribuidos, es decir justamente aquello para lo cual carecían de atribuciones. Más aún, tal como lo señalara el Sr. Fiscal Correccional, los peritos incursionan en valoraciones jurídicas ajenas a la actividad pericial, sin dar razones desde sus conocimientos científicos de las conclusiones a las que arriban. III. Por las consideraciones expresadas en los puntos precedentes corresponde declarar la nulidad de la Pericia Psiquiátrica efectuada en la persona del imputado Jorge Miguel Villapol, por los Dres. Siquiatras forenses, Dres. Antonio Avalos y Marta Cortez Olmedo, obrante a fs.326/330 de autos (art. 242 inc. 3° C.P.P.). Ordenar la realización de una nueva pericia por otros peritos siquiátricos del cuerpo médico en la especialidad del Poder Judicial. Por todo lo expuesto y normas legales citadas, RESUELVO: I. Declarar la nulidad de la Pericia Psiquiátrica efectuada en la persona del imputado Jorge Miguel Villapol, por los Dres. Siquiatras forenses, Dres. Antonio Avalos y Marta Cortez Olmedo, obrante a fs.326/330 de autos (art. 242 inc. 3° C.P.P.). II. Ordenar la realización de una nueva pericia, sobre los mismos puntos oportunamente ofrecidos, por otros peritos siquiátricos del cuerpo médico en la especialidad del Poder Judicial. PROTOCOLICESE Y HAGASE SABER. Susana Cordi Moreno". ²³⁷

Una jurisprudencia de la I.C.A. de Antofagasta, Rol 124-2007, de fecha 13 de junio de 2007, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, por exclusión probatoria de una pericia resolvió en idéntico sentido por mayoría. ²³⁸

237 Sentencia del Juzgado Correccional de Cuarta Nominación Córdoba Medios de investigación y prueba. Pericias. Nulidad, de fecha 14 de septiembre de 2006, visitada en el siguiente vínculo internet con fecha 14 de julio de 2010. <http://portalanteprior.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=579&tipo=15>

238 Sentencia de la ICA de Antofagasta, autos rol N° 124-2007, de fecha 13 de junio de 2007, visitada con fecha 14 de julio de 2007, en el vínculo internet: http://www.puntolex.cl/prod_ppp/585/article-31031.html, que dispuso en lo pertinente: "TERCERO: Que uno de los principios inspiradores del actual sistema de enjuiciamiento criminal, es el derecho de guardar silencio por parte del acusado, siendo de cargo del Ministerio Público acreditar tanto el hecho punible, como la responsabilidad del imputado. Este no está obligado a declarar en ninguna instancia del proceso, sea ante el Ministerio Público, o ante los Tribunales de Justicia. Este derecho no puede ser vulnerado de manera alguna, debiendo quitársele valor a aquellas diligencias que afecten esta garantía fundamental, base para la existencia

Creo que esta es la jurisprudencia que va por la vía correcta.

CARBONE ²³⁹ en Argentina señala como “un tema digno de interés, el valor de los dichos del imputado ante el cuerpo médico legal cuando en cumplimiento de sus funciones lo interroga, sobre todo cuando el imputado manifiesta extremos relacionados con el hecho atribuido”. Señala en síntesis que “esos dichos suelen constar en actas, que serían fáciles de atacar porque no se han brindado ante el juez, y por supuesto son ajenos a todo tipo de garantías previas que deben reunir las indagatorias”; agrega empero que “no deben quedar fulminados de nulidad ya que no responden a un interrogatorio jurisdiccional sino pericial médico, y configura anamnesis, que es un sistema médico de diagnosis y terapéutica que puede servir para incorporar pautas de personalidad del imputado” y por ello concluye que nada impediría entonces a los facultativos que vuelquen esos datos en sus actas.

4.2.- Declaración presencial del coimputado

El coimputado puede declarar en sede judicial, ante los jueces de garantía y ante el tribunal de juicio oral.

4.2.1.- Declaración judicial del coimputado, ante el juez de garantía, en la fase de investigación

De la lectura armónica de los artículos 8° inciso 2°, 93 literal g), 98 y 326, todos del Código Procesal Penal, se desprende que el coimputado, tal como reza el inciso 1° del artículo 98: “Durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere”.

de un justo y debido proceso. CUARTO: Que estando contestes tanto el Ministerio Público, como la defensa del acusado, que existe en el informe pericial realizado por la psicóloga J.R.G., constancia de la entrevista clínica realizada por la profesional al imputado G.G., donde existiría mención respecto de los hechos que se le imputan, es del todo oportuno excluir dicha prueba, pues lo declarado por el acusado, podría ser usado en su contra al momento de rendirse la pericia cuestionada, afectando así el derecho que le asiste a toda persona a guardar silencio, por lo que en definitiva, se rechazará la apelación. Atendido lo expuesto, lo establecido en el artículo 276, 277, 370 letra b) del Código Procesal penal, se confirma, la resolución dictada en audiencia de quince de mayo de dos mil siete, escrita a fojas 23 y siguientes de estos antecedentes”.

239 CARBONE, Carlos A., “La Prueba Penal ante la Coerción del Imputado – Un Estudio Jurisprudencial”, Monografías Nova Tesis N°3, Editorial Jurídica Nova Tesis S.R.L., Septiembre de 2007, Osario, Santa Fe, Argentina, págs. 34 y 35

Lo anterior significa lisa y llanamente, que el coimputado puede declarar las veces que estime, ante el juez de garantía en la fase de investigación,²⁴⁰ ésta declaración que aquél desee prestar, se cautela de la siguiente manera:

a) se presta en audiencia;

La audiencia se verifica ante el Juez de Garantía.

b) la declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento,²⁴¹ sólo exhortado a decir la verdad;

Como bien cita CARRIÓ²⁴² en una sentencia de la Corte Suprema de la Nación de Argentina; *"el juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra. Dicho fallo agregó que "la declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento decir la verdad"*.

c) a esta declaración podrán concurrir los intervinientes del procedimiento, quienes deberán ser citados al efecto;

Es facultativo para los demás intervinientes (fiscal, defensor y querellante, si lo hubiere) la presencia de ellos en la audiencia donde el coimputado decida prestar declaración ante el juez de garantía.

Respecto del defensor, si se analizan las normas de los artículos 93 letra d) que dispone, entre otros derechos y garantías del imputado: *"solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación"*, con la de los artículos 98 y 103 del

240 PFEFFER URQUIAGA, Emilio, en ob. cit. pág. 493, menciona la siguiente jurisprudencia: "1. Declaración del acusado en cualquier estado del juicio. La declaración del acusado, en los términos que lo reconoce este artículo, se enmarca dentro de su derecho a ser oído en cualquier etapa del procedimiento, como lo reafirman los artículos 8 y 98. Cabe concluir entonces que la oportunidad que ofrece esta norma, que utiliza en su inciso 3° la expresión "podrá prestar declaración", haciéndola facultativa, es un momento adicional para hablar, lo que incluso podría configurar una excesiva regulación del uso o ejercicio de este derecho, que se satisface suficientemente con lo dispuesto en el artículo 98". C. Talca, 22 diciembre 2003, R.P.P. N° 18, pág. 42.

241 Nota: el artículo 19 N° 7 letra f) de la CPRCH, señala: "En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio".

242 CARRIO, Alejandro D., Ob. Cit. pág. 275.

mismo cuerpo legal, puede llegarse a la conclusión que como en esta actuación (caso del artículo 98) la ley no exige expresamente la presencia del defensor, su ausencia no acarreará la nulidad de la misma.

En mi opinión esta norma del artículo 93 literal d), debiera hacer obligatoria la presencia de los otros intervinientes señalados en el artículo 12 del Código Punitivo, en la audiencia donde el imputado desee prestar declaración sobre los hechos que se le imputan como medio de defensa, como señala el artículo 98 del Código del ramo "*como un medio de defenderse de la imputación que se le hiciera*", porque para que tenga vigencia lo que se señala en los incisos siguientes, esto es, que se deba citar a los intervinientes al efecto a la audiencia que se fije y a que se exhorte por el juez al imputado a que diga la verdad y a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formularen, para que todo ello ocurra, los intervinientes deben asistir necesariamente.

Así, si el fiscal no asiste a dicha audiencia, simplemente por su ausencia, aquél no podrá luego interrogar al imputado sobre lo que declaró libremente respecto de los hechos que se le imputan y con ello, perderá la posibilidad de confrontar al imputado con otra información de cargo con que aquél cuente.

O, más grave aún, tratándose del defensor, nos preguntamos ¿quién asesorará a su defendido en tal audiencia?, y le señalará que su declaración podría ser luego llevada a juicio en alguna de las hipótesis de las letras b), c) ó d) del artículo 331 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

Si sólo asiste el fiscal ó sólo su defensor, lógicamente aquellos pueden formularle preguntas al coimputado luego de que éste manifieste lo que estime pertinente, en relación con los hechos investigados que se le imputan, entonces; ¿qué ocurre si alguno de ellos hace algunas de las preguntas prohibidas por la ley en su interrogatorio?, de conformidad con lo prevenido en el artículo 330 del Código Procesal Penal.

¿Podría en ese evento el juez – imparcial – objetar la forma o las preguntas del interrogatorio en ausencia del interviniente contrario, ya sea fiscal o defensor?, acaso esa actitud no pugnaría con su rol de imparcialidad. Recuérdese que el artículo 326 del Código del ramo, sólo lo faculta para hacerle preguntas aclaratorias al coimputado.

Por todo ello, tengo opinión en contrario, pese a la aparente claridad que se vislumbra al comparar las normas indicadas, por cuanto el derecho de defensa, en este aspecto aparece fundamental para el imputado, pues de conformidad a lo dispuesto en el literal d) del artículo 331 del Código del ramo, para el tema que nos interesa justamente en esta tesis, sí podría reproducirse o darse lectura al registro donde constare la declaración realizada por un coimputado rebelde que haya sido prestada, justamente, ante un juez de garantía, conforme lo faculta el tantas veces citado artículo 98 del Código del ramo.

d) regirá, en lo que corresponda lo dispuesto en el artículo 326 del Código

Procesal Penal

Norma que, en el fondo establece la mecánica de la diligencia y ella es la siguiente, en el entendido de que asistan a la audiencia, el fiscal y defensor:

d1) Mecánica de la Diligencia

i.- el juez de garantía, en primer lugar lo individualizará y lo exhortará a que diga la verdad y a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formularen, recordemos que no puede juramentarlo;

ii.-el juez de garantía, en segundo término, le dirá que puede manifestar libremente lo que creyere conveniente respecto de la(s) acusaciones formuladas, que para esta fase del juicio, se debe entender por la “formalización”.

La explicación es la siguiente: El artículo 326 del Código Procesal Penal está inmerso en la fase del juicio oral, y para llegar a ella, necesariamente se requiere de una acusación escrita del fiscal que presenta al juez de garantía, luego de finalizada la etapa de investigación, donde se contienen los hechos que se le imputan, la calificación jurídica de los mismos, su iter criminis, su grado de participación, la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, la pena que solicita aplicar y la prueba ofrecida por los intervinientes y que se rendirá en el juicio oral.

Sin embargo, como el imputado tiene derecho a declarar en cualquiera etapa del juicio, puede hacerlo lógicamente en las fases anteriores a las del juicio oral, donde no hay acusación fiscal aún, porque el fiscal está en la etapa de investigación de la misma.

Veámos en el punto 1 del capítulo II que en la fase de investigación se pueden encontrar dos sub fases, que he denominado de “pre-formalización” y de “post-formalización”, - atento a sí ya se ha producido por parte del ente persecutor la formalización de la investigación en contra de uno o más imputados, conforme se faculta privativamente al Ministerio Público en el artículo 229 del Código Procesal Penal. Luego, el coimputado puede perfectamente declarar antes o después que se le haya formalizado.

La lógica dice que lo normal será que el coimputado manifieste al juez de garantía su deseo de prestar declaración sobre los hechos que se le imputen una vez que esté formalizado y no antes, sin embargo, no puede excluirse tal opción y perfectamente, aún antes de que el ente persecutor lo formalice puede declarar.

iii.-el juez de garantía, en tercer lugar permitirá el interrogatorio del fiscal, del querellante y del defensor, en ese mismo orden;

En un sistema contradictorio, se permiten los interrogatorios cruzados de las partes o intervinientes que se enfrentan en el juicio oral.

Así, en primer término, según señala el artículo 329 del Código Procesal Penal, *“los interrogatorios serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por las restantes”*; luego el artículo 330 inciso 2° del citado cuerpo legal señala: *“Durante el conainterrogatorio, las partes podrán confrontar – a quien declare – con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio”*. Por último, el inciso final del citado enunciado normativo dispone que *“Estas normas se aplicarán al imputado cuando se allanare a prestar declaración”*.

En suma, la ley ha señalado que el interviniente que presenta al testigo o perito lo interroga y luego, la contraria lo puede conainterrogar y que esas normas se aplican también al imputado cuando desee prestar declaración.

Sin embargo, el artículo 326 del Código Procesal Penal dispone un orden, sin mirar la regla del inciso final del artículo 329 ya citado, comienza el fiscal, luego el querellante y al final el defensor.

Entonces la pregunta que deviene es la siguiente:

¿El coimputado que se allana a prestar declaración ante el juez de garantía, es presentado por alguno de los intervinientes?

La verdad es que el coimputado declara como medio de defensa de la imputación que se le hace y si bien se le aplican, en lo pertinente las reglas del interrogatorio de los testigos y peritos, lo suyo no es un testimonio más, por tanto la ley no ha entendido que sea necesario que lo presente alguna de las partes, en suma, ni el fiscal ni el defensor pueden colocarlo como testigo propio, pues de esa manera le estarían vulnerando su derecho a guardar silencio, es decir lo estarían obligando a declarar en un juicio oral de antemano, cosa que no permite el sistema, él siempre tiene derecho a guardar silencio. Sobre esto volveremos en el capítulo siguiente de esta tesis.

En suma, aquí el legislador quiso variar la fórmula común y general aplicable a testigos y peritos y simplemente fijó un orden en el interrogatorio que sigue a la manifestación libre que el coimputado haga sobre los hechos que se le imputan.

La norma del artículo 326, aplicable en el caso de artículo 98, ambos del Código de Enjuiciamiento Criminal, emplea la voz *“interrogado”*. Entonces algunos han señalado que no se permitirían los conainterrogatorios a su respecto, sino solamente los interrogatorios, hechos en base a preguntas abiertas y no sugestivas.

Sin embargo, la correcta lectura de la norma sería la de permitir los conainterrogatorios del fiscal, que será en el fondo, la verdadera contraparte del acusado, cuando aquél se allane a prestar declaración.

iv.- el juez de garantía, finalmente, podrá formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos.

Finalmente, cabe tener presente que el juez de garantía, una vez que hayan terminados los interrogatorios de las partes, podrán hacerle preguntas al imputado, pero sólo aclaratorias de sus dichos.

4.2.2.- Declaración judicial del coimputado, ante el juez de garantía, en la fase intermedia

De conformidad a lo establecido en tantas veces citado artículo 98 del Código de ramo, el imputado puede declarar también ante el juez de garantía en la fase intermedia, ésta se inicia, como ya hemos dicho con la presentación de la acusación penal, ahí el imputado pasa a llamarse acusado, en consecuencia, si un coacusado ó coimputado desea prestar declaración ante el juez de garantía en esta fase del procedimiento, puede hacerlo y, en consecuencia, regirá a su respecto todo lo dicho en el punto 4.2.1 anterior, es decir, se citará a una audiencia al efecto, a ella podrán comparecer los intervinientes y regirá, en lo procedente, la mecánica del artículo 326 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

4.2.3.-Las “especies de declaración” prestadas por el coimputado, ante el juez de garantía en la fase de investigación

En la fase de investigación, el coimputado puede celebrar dos salidas alternativas;

La primera de ellas es la suspensión condicional del procedimiento,²⁴³ la que procede a solicitud del fiscal y debe ser aprobada por el juez de garantía.

La segunda de aquellas salidas, es el acuerdo reparatorio²⁴⁴ celebrado entre la víctima y el imputado.

243 Nota: Sobre este instituto procesal, véase CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, “El Código Procesal Penal – Comentarios - Concordancias y Jurisprudencia”, 2ª edición actualizada, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, febrero del año 2006, págs. 279 a 282.

244 Nota: Sobre este instituto procesal, véase CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Ob. cit. págs. 295 a 297.

En ambas salidas alternativas ²⁴⁵ la actuación del coimputado es clave, pues en ambas debe manifestar su conformidad de acordarlas o con el fiscal, en el primer caso, o con la víctima en la segunda de ellas.

4.2.3.1.- La interrogante que aparece es la siguiente

¿Acordar una suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio significa de alguna manera admisión de responsabilidad para el coimputado?

4.2.3.1.a).-En la Suspensión Condicional del Procedimiento

La suspensión condicional del procedimiento en opinión de DUCE y RIEGO, *“Puede caracterizarse como una salida alternativa al proceso, en virtud del cual se puede detener provisoriamente la persecución penal en favor de una persona imputada por un delito, quedando ella sometida, dentro de un determinado plazo al cumplimiento de un conjunto de condiciones impuestas por el juez de garantía, al término del cual -si son cumplidas estas condiciones en forma satisfactoria- se extingue la acción penal y si no lo son o se vuelve a imputar un nuevo delito, se revoca la medida reiniciándose la persecución penal”*. ²⁴⁶

El mensaje ²⁴⁷ del Código Procesal Penal, señala sobre el particular, *“La otra ventaja es que su aplicación no requiere de aceptación de culpabilidad ni de su declaración por parte del juez”*.

Luego, a priori pareciera que la aceptación de ir a la salida alternativa de una suspensión condicional del procedimiento no implica – per se – que el coimputado acepte responsabilidad en los hechos por los que se le formalizó y, respecto de los cuales el fiscal le ofrece esta salida.

²⁴⁵ Nota: Sobre el nombre de “salidas alternativas”, véase: DUCE Mauricio, En obra *“La reforma de la justicia penal”*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, UDP, Serie Seminarios N°8, pp. 171-263, citado por HORVITZ y LÓPEZ, en Ob. cit. tomo I, pág. 52, indican que la denominación de salidas alternativas, es porque aluden a formas de solución del conflicto penal que son alternativas a la respuesta tradicional que el sistema ofrece al conflicto penal, esto es, “el proceso y la aplicación de una pena como consecuencia de éste con la connotación fuertemente punitiva que hoy tienen ambas”. Cabe observar que la aplicación del principio de oportunidad al caso concreto por parte de los fiscales del ministerio público, en la hipótesis del art. 170 CPP, está condicionada a las instrucciones generales que al efecto imparta el Fiscal Nacional conforme a lo previsto por el artículo 17 letra a) de la Ley 19.640 (Ley Orgánica Constitucional del ministerio público). Así se desprende, adicionalmente, de lo dispuesto por el artículo 170 inc. 6 CPP, conforme al cual las decisiones de los fiscales en esta materia deben ajustarse a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto.

²⁴⁶ DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián: *“Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal –Volumen 1”*, editado por la Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 1ª Edición, Santiago de Chile, mayo de 2002, pág. 298.

²⁴⁷ CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 19.696, que Establece Código Procesal, en documento electrónico PDF extraído del siguiente vínculo internet www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/395/1/Art242..., visitado 23/07/2010.

El profesor **BLANCO**, ²⁴⁸ cuando explicaba este instituto de la suspensión condicional del procedimiento, en el seno de la discusión parlamentaria señalaba: *"El caso de la suspensión condicional del procedimiento, en que también se impugna la existencia del requisito de aceptación de los hechos, es diverso del procedimiento abreviado, que termina eventualmente en una sentencia condenatoria o absolutoria. En la suspensión condicional hay un procedimiento, la persona se somete a ciertos requisitos y se suspende el proceso y es allí donde es exigible a ese imputado que reconozca hechos"*.

Sobre este tema puntual de la exigencia de la aceptación de los hechos materia de la persecución penal y de los antecedentes de la instrucción que la fundaren, se manifestó a la Comisión ²⁴⁹ que, *"a pesar de no haber fallo, ni condena, ni carga penal, el imputado debe cumplir una serie de condiciones que pueden ser bastante gravosas, como el pago de indemnizaciones, lo que plantea la duda cerca de cuál sería la fuente de esas obligaciones. En este sentido, el Profesor señor Piedrabuena estimó imprescindible mantener la necesidad de que el imputado preste su acuerdo para suspender condicionalmente el procedimiento, pues, si se le fuerza a la suspensión, las condiciones u obligaciones que le impone el juez no emanarían de un delito y tampoco tendrían una fuente legítima. Si se prescinde del acuerdo del imputado, consideró que habría una posible inconstitucionalidad de la ley, en la parte que restringe diversos derechos de éste, todavía protegido por la presunción de inocencia, de modo que no puede ser tratado como delincuente. El acuerdo de voluntades, aceptado por el juez, junto con la ley, sería la fuente de las obligaciones del imputado a aceptación"*.

Creo que para entender, en el fondo, si la aceptación del coimputado de una suspensión condicional del procedimiento, es en el fondo admisión de los hechos, hay que entender que este es un instituto que dice relación con razones de política criminal y de economía procesal, pues como bien explicó en la discusión del tema en el seno de la Comisión legislativa ²⁵⁰ el Profesor **TAVOLARI**, *"que esta institución persigue un efecto muy similar a la institución de la remisión condicional de la pena, con la diferencia de que, en lugar de dejar en suspenso la aplicación de la pena, lo que se deja en suspenso es la tramitación misma del proceso; de modo que, si el sujeto delinque en el período de observación, se le sigue proceso por el nuevo delito y por el que se dejó en suspenso. Es un mecanismo que busca aligerar el trabajo de los tribunales, pero, a diferencia del actual sobreseimiento temporal, este no se debe a la falta de éxito en la investigación. Aquí no se discute la existencia del hecho, sino que, dadas determinadas circunstancias, el sistema resuelve no hacer proceso"*.

Imaginemos que un coimputado accede a una suspensión condicional del procedimiento que el fiscal le propone, en ese evento, el hecho de aceptar tal salida alternativa, lo dejará sujeto a un sinnúmero de obligaciones o condiciones, tal como se señala en el

248 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley Nº 19.696, Ob. cit. págs. 929 y 930.

249 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley Nº 19.696, Ob. cit. pág. 936.

250 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley Nº 19.696, Ob. cit. pág. 939.

artículo 238 del Código Procesal Penal, si las cumple se extingue la acción penal, pero deja subsistente la responsabilidad civil.

Entonces como entender la norma del artículo 335 del Código del ramo que dispone que no se puede *"incorporar, dar lectura ni incorporar"* como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación *"con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación"*, de una suspensión condicional del procedimiento.

Si pensásemos cuál debiera ser el sentido de esta norma para los jueces del tribunal oral, debiéramos concluir que es una sola: que esos jueces jamás sepan, al momento de juzgar al coimputado, que aquél había acordado, luego de ser formalizado, una suspensión condicional del procedimiento, que luego incumplió una o más de sus condiciones y que, por ende, el proceso siguió en su contra hasta la realización del juicio.

De allí, podemos concluir entonces, que sí hay una especie de admisión de responsabilidad para quien acuerda tal salida alternativa.

Sobre la historia de la ley, ²⁵¹ solamente aparece lo siguiente: *"La Comisión estimó razonable que no se puedan invocar los antecedentes de la negociación que haya habido entre fiscal y acusado, pero estimó necesario suprimir la referencia al fallo, porque impediría por parte del acusado alegar la cosa juzgada y, por otro lado, acreditar la reiteración de conductas"*.

Sin embargo, parece razonable estimar que como necesariamente debe haber una formalización en contra de un sujeto, en donde se señala, entre otras cosas, que se realiza en contra de un sujeto una investigación en su contra, respecto de uno o más delitos determinados, al acordar tal salida alternativa respecto de esos mismos hechos, sólo para dejar en suspenso el procedimiento, necesariamente hay alguna aceptación de responsabilidad en ellos.

Esto es así, desde luego, puesto que en caso contrario, ¿cómo se entiende que alguien quede sujeto a cumplir determinadas condiciones por un plazo mínimo de un año y un máximo de tres? si es que no tiene ninguna responsabilidad, a que, por ejemplo limite su libertad ambulatoria, o a pagar o garantizar el pago incluso sumas de dinero a título de indemnización civil de perjuicios, etc., o como bien señalan **BLANCO, HERNÁNDEZ Y ROJAS** ²⁵² *"acuerdo en virtud del cual el primero accede a suspender la persecución penal a cambio de la aceptación voluntaria por parte del segundo de ciertas condiciones que importan la afectación de algunos de sus derechos por un tiempo determinado"*.

251 MATURANA MIQUEL, Cristián; *"Reforma Procesal Penal- Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias"*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1ª edición, abril de 2003, pág.663.

252 BLANCO, Rafael; HERNÁNDEZ, Héctor y ROJAS, Hugo, *"Las Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal Chileno"*, en *Colección de Investigaciones Jurídicas N° 8*, año 2005, publicación periódica de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, pág. 18.

Por todo ello, concluyo que al aceptarse una suspensión condicional del procedimiento, de alguna manera se está aceptando responsabilidad en los hechos, porque de manera contraria, no se entendería la autolimitación de derechos sin ninguna contrapartida.

Opinión contraria tiene **DÍAZ GUDE** ²⁵³ quien indica que *“la suspensión condicional del procedimiento no supone aceptación de responsabilidad penal, sólo implica la voluntad del imputado de acordar esta salida”*.

Concuerdo parcialmente con la citada autora, sólo en cuanto es efectivo que debe haber una voluntad manifiesta y exenta de vicios de parte del sujeto ya formalizado por unos hechos que constituyen un delito para acordar esta salida, sin embargo, la pregunta de fondo sigue sin respuesta: ¿porqué la acuerda?

El Ministerio Público parece estar en una posición similar al de la autora **DÍAZ GUDE**, pues cuando trata el tema en su instructivo N° 36, ²⁵⁴ trae a colación la discusión parlamentaria sobre el particular que señalaba: *“La idea es que cuando el fiscal se enfrente ante una situación de este perfil, pueda pactar con el sujeto, desde luego, la posibilidad de no continuar adelante el proceso, sin pronunciarse sobre si es o no es culpable, sugiriéndole que se someta a un sistema de control similar al que rige hoy con las medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Si se cumple este sistema de control administrativo, el proceso se cierra para siempre y el sujeto se enfrenta a un sistema de rehabilitación con la ventaja de no tener antecedentes penales. Si él incumple estas condiciones, entre las cuales está la de no delinquir de nuevo, es posible reabrir el proceso e iniciar uno nuevo por ambos delitos: el delito por el cual se suspendió el proceso y el nuevo delito.”*

Cabe agregar, que la discusión de una suspensión condicional del procedimiento que luego falló, tampoco puede ser llevada ante el juez de garantía que conozca de un procedimiento abreviado o un simplificado en contra del mismo sujeto y por los mismos hechos que se le formalizó y que fueron objeto de la indicada salida alternativa, toda vez que los artículos 415 y 389 del Código Procesal Penal, respectivamente, hacen aplicable para estos procesos – abreviado y simplificado - las disposiciones del procedimiento ordinario, entre ellas, cabe considerar, por supuesto, la del artículo 335 del citado Código.

253 DÍAZ GUDE, Alejandra, *“La Experiencia de la Mediación Penal en Chile”*, págs.12 y 13, artículo aparecido en vínculo de internet http://www.politicacriminal.cl/n_09/Vol5N9A1.pdf, visitado día 27/07/2010.

254 INSTRUCTIVO N°36 de la Fiscalía Nacional, de fecha 15 de diciembre del año 2000, pág. 7, extraído del siguiente vínculo de internet <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2036.doc>. Visitado el día 27.07.2010

4.2.3.1.b).-En los Acuerdos Reparatorios

Los acuerdos reparatorios, en opinión de DUCE y RIEGO, *“pueden ser descritos como una salida alternativa al proceso penal, en virtud del cual se puede extinguir la acción penal, tratándose de cierta categoría de delitos, cuando existe entre la víctima y el imputado un acuerdo de reparación prestado en forma libre y voluntaria y este acuerdo es, además, aprobado por el juez de garantía respectivo”*.²⁵⁵

En el caso del acuerdo reparatorio, el sujeto también empeña en parte su propia responsabilidad en los hechos.

En efecto, acuerda con la víctima una reparación para ella y el origen o fuente de ella no puede emanar de la sola liberalidad del imputado hacia la víctima, por ende, su fuente debemos encontrarla en una especie de admisibilidad de culpa, en admitir, en el fondo responsabilidad directa en los hechos por los que se le formalizó.

Recordemos que la víctima está definida por nuestro legislador procesal penal como el ofendido por un delito²⁵⁶ y, en consecuencia, cuando un coimputado celebre un acuerdo reparatorio con la víctima. Es porque está reconociendo en él, implícitamente al ofendido por el delito que el cometió.

Sin embargo, en contrario opina DÍAZ GUDE²⁵⁷ cuando señala: *“Los acuerdos reparatorios no implican aceptación de la responsabilidad penal por parte del imputado, sólo suponen la manifestación de su voluntad de poner término al caso por esta vía. Esto permite resguardar el principio de inocencia y el derecho al juicio, frente a las críticas formuladas en contra de estos mecanismos de descongestión procesal, consistentes en que por la vía de la amenaza de la sanción penal, se estaría presionando a las personas a aceptar culpabilidad. Con esta fórmula de aceptación de una forma alternativa de resolver el conflicto, que no implica necesariamente aceptación de culpabilidad, se resguarda, al menos en parte, ese principio. Por ello, la celebración de un acuerdo reparatorio no puede ser considerada como una condena ni configurar antecedentes penales respecto del imputado que acepta esta salida”*.

Esta es también la opinión de DUCE y RIEGO,²⁵⁸ cuando señalan que: *“Para el imputado, el acuerdo importa su aceptación a la procedencia de esta salida alternativa y, eventualmente, a los plazos y condiciones que fije el juez de garantía para su ejecución. Sin embargo, el acuerdo no significa, de ninguna manera, reconocimiento de responsabilidad.*

255 DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián, Ob. cit. pág. 298.

256 Nota: Véase el artículo 108 del CPP

257 DÍAZ GUDE, Alejandra, Ob. cit. pág. 7

258 DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián, Ob. cit. pág. 308.

Frente a este último tema, varias fueron las opciones posibles disponibles que se encuentran reguladas a nivel de derecho comparado”.²⁵⁹

Al igual que en el caso anterior (de la suspensión condicional del procedimiento), estimo que sí hay una admisión de responsabilidad de parte de quien la acuerda con la víctima, pues, de contrario, no se entendería tampoco las obligaciones que se autoimpone el coimputado y menos, la norma del artículo 335 del Código Procesal Penal para los jueces del juicio.

4.2.4.-Las “especies de declaración” prestadas por el coimputado, ante el juez de garantía en la fase intermedia

Demás está decir que la última oportunidad que tiene el fiscal y la víctima para celebrar salidas alternativas con el imputado es en la audiencia misma de preparación del juicio oral como dispone el artículo 245 inciso 2° del Código Procesal Penal, por ello, nos remitimos a lo ya dicho en los apartados 4231a) y 4231b), en lo tocante a esas “especies” de declaraciones que puede dar el coimputado también en esta fase intermedia.

Sin embargo, el tema central que se debatirá en este apartado, dice relación con el procedimiento abreviado, con la aceptación del mismo por parte del coimputado, para analizar que allí también hay una “especie” de declaración del coimputado, que en mi opinión, es más fuerte y clara que en el caso de las dos salidas alternativas ya señaladas.

El profesor GERMÁN HERMOSILLA ARRIAGADA ²⁶⁰ ha señalado que “el procedimiento abreviado es una forma especial de tramitar y fallar sumariamente los hechos que han sido motivo de la investigación, comprendidos en la acusación fiscal, dentro de la misma audiencia de preparación del juicio oral”.

259 Nota: las opciones posibles que señalan DUCE y RIEGO en el libro referido en la cita anterior, págs. 308 y 309 son las siguientes: Una primera opción era considerar que el acuerdo del imputado significaba su admisión de responsabilidad o culpabilidad en los hechos. Esta fue rechazada completamente por considerarse contradictoria con los fines de esta salida alternativa, esto es, evitar la estigmatización del imputado y propender a su reinserción social. De hecho, el mensaje destaca como ventaja del diseño propuesto, que al no requerirse aceptación de culpabilidad ni de su declaración por parte del juez, cuando se cumplen adecuadamente con las condiciones en el plazo estipulado, el imputado se reincorporará plenamente a la vida social, sin que pese sobre su futuro el antecedente de una condena penal. Una segunda opción era la que se propone en el Código Procesal Penal Modelo y que fue adoptada en la Cámara de Diputados durante la tramitación legislativa del Código. En ella, la aceptación del imputado importa admitir la veracidad de los hechos que se le imputan y de los antecedentes de la instrucción que los fundan, para que en caso de revocación de la medida se pudiera proceder de conformidad al procedimiento abreviado. Esta fórmula representaba una solución de consenso frente al proyecto original, que establecía que el acuerdo no importaba ni aceptación de hechos ni menos de culpabilidad, y a una propuesta sustentada por algunos miembros de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que pensaban que el acuerdo debía importar aceptación de la culpabilidad por parte del imputado. Una tercera opción, seguida en la redacción del proyecto original y adoptada en la redacción definitiva del Código Procesal Penal, es la de entender que la aceptación del imputado no importa nada más que la manifestación de su voluntad de acceder a la salida alternativa. Con esto se evita el riesgo de utilización del acuerdo en caso de su revocación y, consiguientemente, se incentiva su utilización.

260 HERMOSILLA ARRIAGADA, Germán, “Nuevo Procedimiento Penal, Tomo III”, en colección guías de clases N°18, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, 2° edición actualizada, año 2004, Santiago de Chile, Pág.152

En efecto, tratándose de un procedimiento abreviado, el coimputado debe tener un conocimiento cabal de los antecedentes de la carpeta de la investigación que lo incriminan y de los hechos por los cuales se le formalizó, que, por cierto constituyen un ilícito penal, pues como señalé en una obra: *"Para que el acusado pueda aceptar informadamente es preciso que tenga cabal conocimiento de los hechos materia de la acusación, que comprenden tanto el hecho punible como la participación, así como también los antecedentes de la investigación. El artículo 260 del CPP posibilita este conocimiento al exigir, junto a la citación para la audiencia de preparación, la entrega al acusado de una copia de la acusación y la información adicional que se encuentran a su disposición en el Juzgado de Garantía los antecedentes acumulados durante la investigación"*.²⁶¹

En consecuencia, cuando un coimputado accede a ir a un procedimiento abreviado, sabe de antemano que en un gran porcentaje de probabilidad saldrá condenado.²⁶²

De hecho, según indica el documento del anexo 3) de esta tesis, en los procedimientos abreviados, la cifra total país para el período enero-abril del año 2010 es de un 99,3% de condena versus un 0,7% de absolución.

Luego, cuando un coimputado acuerda con el fiscal el ir a un procedimiento abreviado está, en el fondo aceptando responsabilidad en los hechos. Lo interesante de lo anterior está justamente en la posibilidad real, que es lo que interesa a esta tesis, de que otros coimputados no acuerden con el fiscal dicho procedimiento y opten por ir a un juicio oral.

Entonces tenemos por un lado un coimputado que aceptó ir a un procedimiento abreviado y que imaginemos, fue condenado por esos hechos, en una sentencia que dictó un juez de garantía, lo que ocurrirá en el 99% de los casos, versus otro coimputado que decide ir a un juicio oral que se desarrollará a futuro, entonces la pregunta será:

¿Podrá el fiscal acompañar como prueba documental la sentencia condenatoria dictada en un procedimiento abreviado en contra del coimputado para ir a un juicio oral?

La respuesta es obvia, por supuesto que puede hacerlo y las finalidades que tenga para ello son variadas.

261 HERMOSILLA IRIARTE, Francisco y AGUILAR BREVIS, Alejandro, *"Procedimientos Especiales en el Nuevo Proceso Penal" – Procedimiento abreviado, Procedimiento simplificado, Procedimiento monitorio - Procedimiento por delito de acción privada, Tratamiento de la acción civil en aquellos"*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 1ª edición, marzo del año 2004, pág.

262 Nota: Véase Anexo N°3 INFORME ESTADÍSTICO CUATRIMESTRAL PERÍODO ENERO – ABRIL 2010 DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA ISSN 0718-2899, en Documento PDF.

Las razones que más nos interesan y que tienen efectos para el coimputado del juicio oral radican en los dos siguientes aspectos:

1) para obtener una sanción mayor tratándose de delitos en que procede la agravante de la pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N°3 ²⁶³ del Código Punitivo, y

2) para obtener, por parte del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, la convicción de participación del coimputado con ese otro elemento de cargo, consistente en la aceptación de los mismos hechos que se le juzga, por parte del coacusado.

Analizaré cada caso:

4.2.4.1.-Para Configurar La Agravante De Pluralidad De Malhechores ²⁶⁴

Son numerosos los casos en que los fiscales han acompañado a la sede de juicio oral, la sentencia condenatoria dictada en contra de un acusado en un procedimiento abreviado, en contra de un coimputado por los mismos hechos para un juicio oral, tratándose de delitos de robos y hurtos, que es donde procede la agravante en comento y, con esos antecedentes, los tribunales de juicio oral le han agravado la pena al coimputado juzgado en tal sede.

En efecto, si un tribunal oral está juzgando a un acusado por la perpetración de un delito contra la propiedad en que procede la agravante en comento, y ya otro tribunal, con anterioridad, - un juez de garantía - condenó a otro acusado por los mismos hechos, y la sentencia del procedimiento abreviado está ejecutoriada, no cabe sino considerarla como un elemento probatorio apto para dar por configurada la agravante respecto del coimputado y, en ese evento, agravarle la pena.

263 El artículo 456 bis N° 3 del CP dispone: "En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes: N°3: Ser dos o más los malhechores"

264 Nota: sobre la agravante de pluralidad de malhechores, véase interesante artículo de CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro, "Algunos alcances sobre la agravante de ser dos o más los malhechores en los delitos de robo y hurto". Abogado, División de Atención a las Víctimas y a Testigos, Ministerio Público, que aparece en págs. 71 a 78 del Boletín N° 1 de la Fiscalía Nacional, extraído en apartado de jurisprudencia del vínculo de internet <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/bol1.pdf>

Pero, surge la siguiente interrogante:

El coimputado que fue condenado previamente no va a tener la agravante en comento, pues, cuando aquél fue juzgado, lo fue de manera individual y más aún con el tope de sanción de 5 años que fija la ley para este tipo de procedimiento. ²⁶⁵

Entonces, respecto de los mismos hechos, un sujeto – el que fue condenado primero en un procedimiento abreviado – no va a ver agravada su pena con la agravante en cuestión y luego, el otro, el que es juzgado después – por el tribunal oral en lo penal – si va resultar perjudicado con la agravación de su pena.

Me pregunto sí hay en lo anterior, “igualdad ante la ley y/o la justicia”, en otras palabras, si se respeta para dos coimputados su derecho a ser juzgados de igual manera por los mismos hechos.

En esto, no me estoy refiriendo a la posibilidad de la existencia misma del procedimiento abreviado, que puede explicar per-se soluciones distintas para dos sujetos involucrados en los mismos hechos, donde para uno se propone y acepta la posibilidad de un procedimiento abreviado, mientras que otro opta por la vía del juicio oral, sino a la paradoja que resulta aplicar una distinta pena por los mismos hechos, no en virtud de procesos distintos por los mismos hechos, sino en mérito de no poder considerar la agravante para el procedimiento abreviado, pero sí para el juicio oral respecto del segundo coimputado.

Este tema ha sido referido en nuestra jurisprudencia y ha sido resuelto, a mi entender de una correcta manera, haciendo la salvedad, eso sí, de que se trata el tema de la agravante de pluralidad de malhechores en base a dos sentencias dictadas en juicios orales distintos, seguidos separadamente en contra de dos coimputados por los mismos hechos, pero, en el fondo igual problema se va a presentar tratándose de sentencias de abreviado y de juicio oral posterior para un coimputado.

El caso es el siguiente:

En un juicio oral que se realizó en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, que versaba en contra de un coimputado determinado, por un delito contra la propiedad, el fiscal acompañó como prueba, en la audiencia del artículo 343 del Código

Procesal Penal, la sentencia dictada en otro juicio oral, por los mismos hechos, en contra de otro coimputado que, por supuesto resultó condenado.²⁶⁶

Ante tales antecedentes, la mayoría del Tribunal oral señalado, impuso al coimputado del juicio oral, la pena asignada al delito, aumentada por la circunstancia concurrente de la agravante de pluralidad de malhechores. Hasta aquí no hay ninguna novedad, pues eso es lo que se ha hecho en la mayoría de los casos.

Lo interesante de esta jurisprudencia está en los fundamentos del juez de la minoría don **Leonardo Aravena Reyes**,²⁶⁷ quien no concede en perjuicio del inculcado, que es un verdadero coimputado, una sentencia del mismo tribunal, dictada con anterioridad en contra de otro coimputado, por afectarse fundamentalmente la igualdad ante la ley y ante la justicia.

De esta sentencia la defensa recurrió de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Tribunal Superior que acogió el recurso de nulidad señalando sobre el particular: *“Tercero. Que estos sentenciadores comparten los fundamentos del voto disidente del juez don Leonardo Aravena, en sus numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10, los que se dan íntegramente por reproducidos y que son los adecuados para arribar a la conclusión, que en la especie, se ha hecho una errónea aplicación del derecho, que por las circunstancias propias del juzgamiento llevan a la imposición de una pena que resulta el doble de la impuesta a su coautor, en iguales condiciones, considerando que la pluralidad de malhechores no es una situación personal del procesado sino que la forma de comisión del ilícito”*. Acto seguido la ICA de Valparaíso dictó sentencia de reemplazo.²⁶⁸

Pues bien, esta jurisprudencia ilustrativa, perfectamente puede aplicarse, respecto de un coimputado, cuando el ente persecutor acompañe como documental en el juicio oral, o bien en la audiencia de estilo del artículo 343 del Código Procesal Penal, una sentencia dictada en un procedimiento abreviado o en otro juicio oral, en contra de otro coimputado, con la pretensión de agravarle al último la pena con la sentencia del anterior, tratándose de delitos contra la propiedad (hurtos y robos), en que procede la agravante de la pluralidad de malhechores.

Las razones esgrimidas apuntan en el mismo sentido indicado, es decir, en dejar de manifiesto una desigual aplicación de la ley y la justicia del caso concreto al condenar a dos ciudadanos que son coimputados en unos mismos hechos de manera tan diversa.

266 Nota: Véase texto completo de la sentencia en anexo N° 4 de esta tesis.

267 Nota: Véase voto del juez disidente señalado en anexo N° 4 de esta tesis.

268 Nota: véanse las sentencias completas, en anexo 4 de esta tesis.

4.2.4.2.- Para lograr la convicción de condena del coimputado

Mencioné también, que otra de las razones que puede tener el fiscal para acompañar una sentencia de un procedimiento abreviado en un juicio oral de un coimputado, séala de obtener, por parte del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, la convicción de participación del coimputado con ese otro elemento de cargo, consistente en la aceptación de los mismos hechos que se le juzga, por parte del coacusado, es decir, en la sentencia dictada en un procedimiento abreviado.

En un juicio oral del T.J.O.P. de Valparaíso, el ente persecutor pretendió acompañar como prueba nueva, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 336 del Código Procesal Penal, una sentencia dictada en procedimiento abreviado en contra de los restantes acusados, esta vez, en juicio oral.

El Tribunal oral, en decisión dividida, *“denegó su incorporación por no consentirlo el artículo 335 del Estatuto de Instrucción Criminal, pues se quebranta el principio de inmediación y se incorporan una serie de antecedentes que el tribunal oral desconoce, toda vez que en concepto de los jueces del grado, el mentado canon prohibiría la introducción de una resolución emitida en el procedimiento abreviado”*.²⁶⁹

4.2.5.- La situación especial de las convenciones probatorias cuando un imputado al aceptar dar por acreditados ciertos hechos, incrimina a otros coimputados

Como se mencionó en el apartado 2.1.1.4. del capítulo II de esta tesis, el coimputado puede celebrar convenciones probatorias en la audiencia de preparación del juicio oral, según lo faculta el artículo 275 del Código del ramo.

Luego, del análisis de la disposición legal citada no aparece en ninguna parte que el legislador haya limitado el contenido de tales acuerdos probatorios, en consecuencia ellos podrían perfectamente recaer en algún hecho relativo a la existencia del hecho punible por el que se acusa al imputado, su propia participación y, también, la participación de los demás coimputados.

Luego, si un coimputado al celebrar una convención probatoria sobre determinados hechos e incrimina a los restantes, no existe prohibición legal que se lo impida.

La idea que está inmersa detrás de este nuevo instituto procesal, es la economía procesal, así por lo demás quedó establecido de la historia fidedigna de la ley, cuando en el

Segundo Informe de la Comisión de Constitución, ²⁷⁰ se señalaba: "...permite al fiscal, querellante e imputado solicitar al juez de garantía que se den por acreditados ciertos hechos en los que están de acuerdo, para que no sea preciso rendir prueba sobre ellos en el juicio oral, lo que tiene la ventaja para los intervinientes de concentrarse en aquellos hechos que sí son controvertidos".

CAROCCA PÉREZ señala sobre el particular que ²⁷¹ "por último, se permite que las partes pueden acordar "convenciones probatorias", que son aquellos acuerdos para excluir la prueba de determinados hechos, dándolos por aceptados o para obligar al juez a incluir otros que en principio no había considerado controvertidos. Estos acuerdos deberán ser admitidos por el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral y consignarse en el Auto de apertura del juicio oral".

La verdad es que si uno mira el tema de las convenciones probatorias como una posibilidad de no probar determinados hechos en el juicio – economía procesal –, por regla general significará que no se necesitará acreditarlos nuevamente en el juicio oral, porque ya estarán "pre-establecidos".

Relacionándolo con el tema que nos interesa, cabe destacar que perfectamente un coimputado puede acordar en una convención probatoria no solamente su propia participación culpable, sino que también la responsabilidad en los hechos acordados de su coimputado y, en ese evento, pudiere pensarse en la existencia de un indicio incriminatorio en contra del coimputado, en relación con la convención probatoria acordada por el co-reo.

4.2.6.- Declaración judicial de los coimputados en su juicio oral, como mecanismo de defensa

Otra de las cuestiones de interés, la presenta la situación frecuente que se da en juicio oral cuando existen dos o más coimputados por los mismos hechos y se produce la declaración de todos ellos, o de algunos solamente.

Normalmente, la dinámica del sistema que se ocupa en juicios orales, en torno a sus declaraciones es la que recoge el artículo 326 del Código Procesal Penal.

Esto es, en primer lugar, no se juramenta al coimputado y sólo se le exhorta a que diga la verdad. Luego se le indica que puede declarar libremente cuánto desee en torno a los hechos que se le imputan, que son los que el presidente de la sala leyó del auto acusatorio

270 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 19.696, Ob. cit. pág. 1450.

271 CAROCCA PÉREZ, Alex, "Manual el Nuevo Sistema Procesal Penal", Editorial LexisNexis, 3° edición, Santiago de Chile, año 2005, pág. 220.



del fiscal al iniciar el juicio. Una vez que los coimputados terminan, el presidente del Tribunal autoriza los interrogatorios que quieran hacerle las partes, en un orden prefijado por el Código. Comienza el fiscal, luego el querellante si lo hubiere y al final el defensor. Como se trata de coimputados, antes de que interroge el defensor del coimputado que declara, pueden los defensores de los otros coimputados también interrogarlo. Finalmente uno o más de los miembros del Tribunal pueden hacerle preguntas aclaratorias.

Como se aprecia de lo señalado, todos los intervinientes tienen derecho a interrogar al coimputado, es decir, a indagar sobre los hechos que declaró libremente y se produce una "especie de contradicción" de su relato.

Hablo de "especie de contradicción", porque se ha discutido si los intervinientes acusadores (fiscal y querellante) y eventualmente, defensores con posturas contrarias, podrían hacerle a los coimputados preguntas cerradas, propias de un conainterrogatorio, dirigido a un "testigo" contrario, que tiene por finalidad depurar su declaración y resaltar las cosas de aquella que favorezcan al que sostiene la postura contraria.

Sin embargo, autores como **HORVITZ y LÓPEZ** señalan que *"si el acusado decide declarar en el juicio oral, debe someterse a las reglas del interrogatorio cruzado. Así se desprende de la norma contenida en el artículo 326 del Código Procesal Penal"*.²⁷²

Añaden los citados²⁷³ y en esto siguen a **MAIER**, que en el fondo cuando un acusado declara en juicio, es decir, *"si acepta prestar declaración, debe aclarar las contradicciones en las que incurra"* y para ello estaría la posibilidad de que el fiscal pudiera o bien refrescar memoria o hacer evidente una contradicción entre lo que está declarando en juicio el imputado, es decir lo que escuchan los jueces, con lo que había declarado antes en la fase de investigación, en uso de la facultad contemplada en el artículo 332 del Código Procesal Penal, aplicable a los acusados cuando se allanan a declarar en el juicio oral.

Algunos han estimado que puede incluso variarse el orden de la toma de declaraciones señalada en el citado artículo 326 del Código Procesal Penal y, en consecuencia, el primero que interroga es el defensor y luego la parte acusadora.

También, se ha visto que, sin alterar el orden preestablecido en la ley, el fiscal conainterroga y el defensor interroga.

En mi opinión la norma del artículo 326 del citado cuerpo legal, siempre hay que relacionarla con la norma más importante del artículo 98 del Código Procesal Penal, pues si bien

272 HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián, Ob. Cit. Tomo II pág. 313.

273 Nota: HORVITZ y LÓPEZ, en cita a pie de la página 313 del Tomo II de su mentada obra citan a MAIER, cuando señala: "Por ejemplo, a través de la lectura de registros en que consten declaraciones anteriores prestadas ante el ministerio público o el juez de garantía (art. 332 CPP). Por ello, si el acusado declara y confiesa, sin haberse empleado ninguna forma de coerción, dicha confesión es plenamente válida y puede servir de base para la condena (MAIER) Derecho Procesal Penal, Ob.cit. pp. 664 y ss.).

la primera de las normas pareciera establecer, dentro del juicio oral un momento especial para que declare el acusado, ello no es así, es una norma de orden, de ritualidad, pero ella misma no puede vulnerar la norma que establece el derecho de todo imputado a ser oído. Sin embargo, hay jurisprudencia contraria ²⁷⁴ de una Corte de Apelaciones, que han entendido que la única oportunidad que tiene para declarar un coimputado es en el momento señalado en el artículo 326 ya citado, esto es, antes de recibirse la prueba.

La jurisprudencia mayoritaria se evidencia de una sentencia de la ICA de Valparaíso, que conociendo un recurso de nulidad, lo acoge, dado que establece que el artículo 326 del Código Procesal Penal debe ser interpretado armónicamente con el artículo 98 del mismo cuerpo legal, llegándose a la conclusión de que en cualquiera etapa del juicio del imputado puede prestar declaración. ²⁷⁵

274 Sentencia de la ICA de Santiago, autos rol N° 34-2007, de fecha 20 de febrero de 2007, visitada con fecha 06 de septiembre de 2010, en el vínculo internet: http://www.puntotext.cl/prod_ppp/585/article-25137.html, que dispuso en lo pertinente: 1º.- Que el primer motivo de nulidad, fundado en la causal prevista en el 373 letra b) del Código Procesal Penal, el Ministerio Público lo hace consistir en haberse hecho errónea aplicación de las normas sobre la oportunidad procesal y forma de incorporar al juicio oral la declaración del imputado. 4º.- Que en relación a la defensa y declaración del imputado en el juicio oral, el artículo 326 del Estatuto Procesal Penal dispone lo siguiente: "Realizadas las exposiciones previstas en el artículo anterior, se le indicará al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8º. Al efecto, se ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien podrá exponer los argumentos en que fundare su defensa. Asimismo, el acusado podrá prestar declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas. Luego, podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden. Finalmente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos. El cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos.". 5º.- Que de la disposición antes reproducida resulta claro que la oportunidad procesal para recibir la declaración del imputado en el juicio oral es al inicio de la audiencia, finalizado el alegato de apertura y antes de recibirse la prueba de los intervinientes, disponiéndose incluso, de modo preciso y detallado el orden en que puede a continuación ser interrogado por el Ministerio Público, querellante, defensor y el propio tribunal oral. 6º.- Que la norma contenida en el inciso final del artículo citado, si bien autoriza al imputado para prestar declaración "en cualquier estado del juicio", lo hace sobre la base lógica indiscutible que ello se efectúe después de haber sido oído, ya que su finalidad es la de "aclarar o complementar sus dichos". 7º.- Que corrobora lo preceptuado sobre la materia lo dispuesto finalmente por el artículo 338, relativo al alegato final y clausura de la audiencia del juicio oral, precepto que al regular la participación de los intervinientes, precisa el orden de sus respectivas participaciones, disponiendo que una vez concluidas éstas, "por último" se otorgará la palabra al acusado, para que manifiestare lo que estimare conveniente. 8º.- Que el derecho a un justo, racional y debido proceso se encuentra debidamente garantido por las normas de orden público anteriormente analizadas, las que no pueden infringirse sin conculcar consiguientemente el principio de igualdad de armas para todos los intervinientes en el proceso penal, comprendido dentro del debido proceso. De tal suerte que al disponer y procederse por el tribunal oral a recibir la declaración del acusado una vez rendida la prueba ofrecida por el Ministerio Público, ha otorgado a éste un privilegio procesal no autorizado por el legislador, permitiéndole de hecho ajustar sus dichos a lo vertido en la prueba de cargo ya proporcionada. 9º.- Que, en consecuencia, por los motivos señalados, al absolver el tribunal oral en lo penal al imputado mediando indebida interpretación de las disposiciones legales que reglan la oportunidad y forma de incorporar al juicio oral la declaración del acusado, hizo una errónea aplicación del derecho, vulnerando la disposición del artículo 326 del cuerpo legal ya señalado, invocado por el recurrente, incurriendo así en la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b) del precitado código, siendo innecesario analizar las restantes causales de nulidad invocadas en forma subsidiaria.

275 Sentencia de la ICA de Valparaíso, autos rol N° 1247-2007, de fecha 12 de diciembre de 2007, descriptor N° Legal Publishing: 37956 visitada el 19 octubre de 2010, en el vínculo internet: www.legalpublishing.cl/PortalLN/Home/Default.aspx, que dispuso en los considerandos pertinentes: "3. Que de este modo es muy claro que ese Tribunal imposibilitó a la defensa desarrollar actividades básicas del derecho al amparo del imputado, uno de los pilares básicos del nuevo procedimiento adversarial penal, constituido a través del principio del contradictorio. En efecto, de lo acontecido en la audiencia surge la vulneración del Código Procesal Penal, en sus preceptos 8º, 98 y 326, pues Olea Rojas al comienzo de la diligencia manifestó al Juez Presidente su deseo de prestar declaración, luego de conocer las pruebas en su contra. Sin embargo, al partir de la fase probatoria de su defensa, el encartado expuso al Tribunal Oral que deseaba prestar declaración como medio de defensa, y ante tal petición éste dictaminó que se iba a escuchar al acusado, pero toda vez que no declaró en la oportunidad procesal que se establece en el artículo 326 del Código Procesal Penal, no va a ser interrogado en esa modalidad, pero desde su lugar podrá hablar e indicar lo que estime pertinente, sin interrogatorios ni contrainterrogatorios. 4. Que es inconcuso que el citado artículo 326 no es un compartimiento estanco, y requiere aplicarse en armonía con el resto de la nomenclatura adjetiva concerniente, resultando incuestionable que el imputado tiene derecho a prestar declaración en cualquier etapa de la causa con apoyo en el artículo 98 del Código

Volviendo al tema de fondo, el Tribunal simplemente recibe en juicio oral la declaración de dos o más coimputados y sobre al particular hay que tener presente los posibles siguientes casos que se pueden presentar conforme a ello:

a) son dos o más coimputados y todos ellos, al declarar como medio de defensa aceptan su propia responsabilidad en los hechos e inculpan a los demás, los que finalmente también al deponer en estrados, aceptan su responsabilidad individual;

Aquí cada uno de los coimputados simplemente reconoce su propia participación en los hechos y, a la vez, inculpa a los demás. Sin embargo, los restantes no discuten su propia autoría (es decir no la contradicen) y también inculpan a los demás, en este caso, no se evidencia problema alguno en el ejercicio a su derecho a declarar como medio de defensa, pues, la propia confesión, estará avalada por los asertos de los respectivos coimputados y eso regirá respecto de todos.

b) son dos o más coimputados y algunos de ellos, al declarar en juicio reconocen su propia responsabilidad en los hechos, pero exculpan a los restantes, los que al declarar concuerdan en esto;

Este será el caso en que un coimputado confiese su propia participación, pero exculpe a otros de la inculminación conjunta que se les hace, los que también declaran auto exculpándose y, a su vez, inculminan a quien ya se había responsabilizado. Aquí tampoco pudieran advertirse problemas, pues cada uno ejercer su derecho a declarar como medio de defensa y sus asertos estarían conformes en un mismo sentido.

c) son dos o más coimputados y cada cual responsabiliza a los demás, alegando todos, inocencia propia.

Procesal Penal, que nos dice que: "Durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas, el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere. Asimismo, rige para esta declaración la normativa del artículo 326 de ese Código, o sea tienen lugar las interrogaciones del fiscal, del querellante y del defensor, y preguntas de los Jueces destinadas a aclarar sus dichos, todo con la participación de su abogado en obediencia al artículo 8º del ordenamiento referido. 5. Que, a más, el aludido artículo 326 utiliza los términos que el acusado "podrá prestar declaración, lo que la hace facultativa, y es atingente colegir que no se trata del único momento para hablar, lo que en último término se traduce en que el acusado puede declarar fuera de la oportunidad procesal que le brinda el referido artículo 326. 6. Que ante las circunstancias narradas en el considerando 3º, el acusado principió su declaración como medio de defensa, y una vez completada, en uso de las potestades de los artículos 98, 326 y 330 del Código Procesal Penal, su defensa pretendió interrogarlo, pero el Tribunal del juicio oral hizo inviable al defensor la práctica de la elemental y esencial manera de intervenir de la defensa en un juicio de esta naturaleza, o sea, la formulación de preguntas a quien depone en la causa. Ante la insistencia del defensor, el Tribunal del juicio oral decidió que el método de la declaración del imputado fue resuelto al empezar la audiencia, sin que la defensa dedujera recurso ni objeción alguna a lo dictaminado por el Tribunal, por lo que a esa altura del debate había preterido su derecho, decretando que se continuará con los alegatos de clausura. Por ello, la defensa planteó una incidencia de nulidad, la cual fue desechada de plano por el Tribunal del juicio oral. 7. Que esta actitud de dicho Tribunal nítidamente entraba el uso por la defensa de una facultad legal, y contraría al artículo 161 del Código Procesal Penal que, reglando el momento para entablar el incidente de nulidad, estatuye que cuando éste se promueve respecto de una actuación verificada en la audiencia, deberá impetrarse verbalmente ante el término de la misma audiencia, como aconteció en la especie. 8. Que, finalmente, sólo la última palabra del acusado a que alude el inciso 3º del artículo 338 del Código Procesal Penal, no conforma una declaración en un sentido técnico estricto, precisamente porque no está sujeta a posibilidad de contradicción o examen alguno, y es por ello, que no puede ser valorada como medio de prueba. 9. Que, es innegable que de la anterior exposición, dimana la tipificación del motivo absoluto de nulidad del artículo 374, letra c) del Código Procesal Penal, y por las argumentaciones previas se impone la invalidación del juicio oral y de la sentencia dictada en él".

Aquí, cada coimputado declara en juicio exculpándose individualmente, pero en este acto aprovecha de incriminar a los demás. En resumidas cuentas, todos los coimputados ejerciendo su derecho a declarar como medio de defensa incriminan a los demás, alegando una particular inocencia. El problema es que cada declaración no sería concordante con las restantes.

d) son dos o más coimputados y algunos de ellos, al declarar en juicio reconocen su propia responsabilidad en los hechos, e inculpan a los restantes, los que guardan silencio en el juicio oral.

El problema estriba aquí en aquellos sujetos que guardan silencio y donde sus coimputados los incriminan, dado que ésta atribución de responsabilidad proviene de alguien que ya la ha admitido para sí y, sin embargo, los coimputados no concurren ni a ratificarla ni a desmentirla.

e) son dos o más coimputados y algunos de ellos, al deponer en estrados confiesan su propia participación pero exculpan a los demás, los que ejercen su derecho a guardar silencio en el juicio.

Aquí un coimputado confiesa su participación, pero exculpa a los restantes, los que, a su vez al guardar silencio en el juicio no concurrirían a ratificar la autoincriminación del primero, como tampoco la exculpación que aquél les hace.

f) son dos o más coimputados y al deponer en juicio como medio de defensa, alegan su propia inocencia, incriminando a los demás, los que, no declaran en el juicio, al ejercer su derecho a guardar silencio.

En este evento, un coimputado declara exculpándose, pero, a su vez incrimina a los restantes, quienes ejercer su derecho a guardar silencio y, de tal manera no concurren ni a ratificar ni a desmentir lo ya declarado por el coenjuiciado.

Básicamente estas seis situaciones se presentan con frecuencia en sede de juicio oral y a priori, se puede decir que aquéllos coimputados que deponen en el juicio oral, están ejerciendo un derecho, el de declarar como medio de defensa y renunciando, a la vez, por esa misma acción de declarar, a ejercer su derecho contrario, esto es a guardar silencio. En tanto otros ejercen autónomamente su derecho a guardar silencio, decidiendo no contar su versión de los hechos al Tribunal de Juicio.

Con respecto a las declaraciones de los coimputados en juicio, según se desprende de los casos analizados, ellas pueden ser, en general, para cada coimputado que depone, del siguiente tenor:

i.- auto inculpatorias e inculpatorias para otros (todos somos culpables)

ii.- auto exculpatorias e inculpatorias para otros; (yo soy inocente y los demás son culpables)

iii.- auto inculpatorias y exculpatorias para otros; (yo soy culpable y los demás son inocentes)

iv.- auto exculpatorias y exculpatorias para otros; (todos somos inocentes)

En los casos I y III, esto es, si los coimputados se inculpan individualmente, y no hay otro elemento de cargo en su contra, cabe tener presente la norma del inciso final del artículo 340 del Código Procesal Penal, que dispone: *“No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”*.

En relación con las declaraciones auto exculpatorias y las exculpatorias de los demás, no hay mayor problema, pues si hay prueba de cargo suficiente para que el Tribunal se convenza de lo contrario, pese a tales alegaciones de inocencia, resultará una condena.

En lo relativo al silencio de los coimputados inculpanados o exculpanados, no debiera tampoco haber mayor problema, pues aquél ejercicio a no develar la propia versión de los hechos no puede producir ni perjuicio ni beneficio alguno para quienes callan, sino que más bien, habría que mirar si la declaración de culpabilidad o inocencia que alega el coimputado que declara con respecto a ellos, tiene respaldo en el resto de las probanzas.

HORVITZ y LÓPEZ señalan, sobre este tema de la posibilidad de la declaración conjunta de más de un imputado en el mismo juicio que *“con mayor razón serán admisibles las declaraciones inculpatorias que presten los coacusados entre sí durante el desarrollo del juicio. En la medida que es posible desarrollar un juicio en contra de más de un acusado -y así lo admite expresamente el inciso 3° infine del artículo 329 CPP- no puede haber restricciones sobre el ámbito de su declaración como medio de defensa, si han renunciado a su derecho a guardar silencio. Por consiguiente, si de su declaración resulta la confesión de su responsabilidad en los hechos que se le imputan o la inculpación en los mismos del o de los coacusados, ella podrá constituir prueba que permita al órgano jurisdiccional formar su convicción acerca de los hechos materia del juicio”*. ²⁷⁶

Sin embargo, HORVITZ y LÓPEZ tienen reparos en orden a considerar como prueba testimonial a las declaraciones de los coimputados, cuando señalan: *“el imputado no puede ser testigo en su propio proceso (como sí ocurre en el derecho anglosajón) ni aun cuando*

se trate de la participación de los demás acusados, porque no es un tercero ajeno al procedimiento y porque no podría ser conminado con las penas que castigan el falso testimonio".²⁷⁷

4.2.6.1.- Como testigo en un juicio diverso en contra de un coimputado por los mismos hechos

Esta es otra de las situaciones que se presentan en la realidad de los juicios orales y que dice relación con la declaración de un coimputado, ya no como medio de defensa en su propio juicio oral y el de su coimputado, sino que, simplemente en calidad de testigo, en el juicio oral del coimputado, pues su propia solución se dio por vía paralela en el sistema, en consecuencia declara en un juicio que le es diverso.

Recapitulando, ya se vio la posibilidad de que un coimputado tuviera una salida temprana alternativa en el proceso, o bien un juicio separado del de su coimputado. Luego, perfectamente puede darse la posibilidad de que un coimputado declare ya no como mecanismo de defensa en su propio juicio, sino que en uno diverso, pero esta vez en calidad de testigo a favor, o en contra de su coimputado.

Esta posibilidad también la advierten HORVITZ y LÓPEZ, cuando señalan: *"Tampoco pareciera inadmisibile el ofrecimiento, esta vez en carácter de prueba testimonial, de la declaración de un coimputado condenado o absuelto por sentencia ejecutoriada. Como advirtiéramos, este supuesto es habitualmente tratado en forma separada del anterior por la doctrina comparada, pues aquí el copartícipe del delito no tiene ya la calidad de "coimputado" en el procedimiento en el cual declara",*²⁷⁸ sin embargo, la limitan solamente a un coimputado al que se le realizó un juicio y donde fue condenado o absuelto.

Se hace presente la dificultad interpretativa en lo tocante al momento en que un "coimputado" pierde su calidad de tal, para ello se trae a colación lo dispuesto en el inciso primero del artículo 7° del Código Procesal Penal, en la parte en que señala que *"Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia"*.

Con lo que podemos inferir que no bastaría una sentencia condenatoria o absolutoria firme o ejecutoriada, en los términos en que se entiende entre nosotros la firmeza o ejecutoriedad de un fallo según lo prevenido en el artículo 174 del Código de Procedimiento

277 Ídem cita anterior

278 HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián, Ob. Cit. Tomo II pág. 316.

Civil, ²⁷⁹ pues el legislador ha ido más allá, ampliando el tiempo en que un sujeto se considera imputado, hasta la completa ejecución de la sentencia, con lo que, respecto de la sentencia condenatoria si puede haber reparos, en orden a considerar aún como "co-imputado" al sujeto que esté cumpliendo efectivamente la condena o bien esté haciendo uso de un beneficio alternativo de la misma, conforme lo faculta la ley N° 18.216.

Además del tema anterior, hay que hacer notar que un coimputado no solamente puede haber tenido una salida ordinaria del sistema, en relación al coimputado que se está juzgando, como es un juicio previo, el que además, puede haber sido incluso en un procedimiento abreviado, pues, estimo que además de los casos anteriores hay bastantes otras posibilidades como se señala a continuación.

En síntesis, los casos que se pueden presentar son los siguientes:

a) un fiscal acuerda con un coimputado una suspensión condicional del procedimiento y respecto del restante (coimputado) decide llevarlo a juicio oral y en éste depone el primero como testigo;

b) un coimputado celebra un acuerdo reparatorio con una víctima y su coimputado es llevado a juicio oral, en el que declarará como testigo el primero;

c) respecto de un coimputado un fiscal decide proponer un procedimiento abreviado y los restantes son llevados a juicio oral, en el que depondrá como testigo el primero;

d) se hace un juicio oral separado para cada imputado, porque el fiscal simplemente decidió separar acusaciones o bien ambos coimputados venían en una sola y, en ese evento, el juez de garantía decide separarlas, y uno de ellos es llevado luego como testigo al juicio oral del coimputado;

e) de facto se celebran juicios orales separados para dos coimputados por los mismos hechos, motivado por la rebeldía de uno de ellos y el coimputado del primer juicio ya celebrado, declarará como testigo en el segundo juicio.

Lo interesante de los casos anteriores, es que ello en la práctica se da día a día en nuestros Tribunales, empero, estimo que hay que tener presentes algunas consideraciones a priori.

279 Nota: el artículo 174 del CPC dispone: Se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. En este último caso, tratándose de sentencias definitivas, certificará el hecho el secretario del tribunal a continuación del fallo, el cual se considerará firme desde este momento, sin más trámites.

En primer lugar, habría que determinar cuál es la exacta situación procesal de este “coimputado-testigo”, en otras palabras, saber si su propia situación dentro del proceso está vigente o terminada.

Si ha celebrado una suspensión condicional del procedimiento, saber si es que se ha dictado a su respecto sobreseimiento definitivo, conforme lo faculta el inciso final del artículo 240 ²⁸⁰ del Código Procesal Penal, o bien averiguar si su situación personal al momento de declarar no ha sido solucionada aún, pues el plazo de la suspensión para el cumplimiento de las condiciones fluctúa entre uno a tres años;

Si ha celebrado un acuerdo reparatorio con una víctima, saber si éste coimputado ha cumplido las obligaciones contraídas con la víctima en el acuerdo reparatorio o las ha garantizado debidamente a satisfacción de aquella, pues en ese caso, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo a su respecto, en caso contrario, si situación procesal no estará aún resuelta;

Si ha llegado a ser condenado en un procedimiento abreviado, saber si aquella sentencia está firme y ejecutoriada al momento en que prestará declaración en el juicio oral de su coimputado y, al claro tenor del artículo 7 del Código Procesal Penal, analizar si aquella sentencia condenatoria del coimputado está o no cumplida;

Cuando el fiscal separe acusaciones, conforme lo faculta el artículo 274 del Código de Procesal Penal, o bien, estando incluidas en una sola, el juez de garantía las separe por razones de eficiencia, ello en la práctica significará la realización de dos juicios orales distintos por disposición de un fiscal o de un juez de garantía.

Ergo, si se realizan ellos, uno en pos de otro, cualquiera de los coimputados podría declarar como testigo en el juicio del coimputado restante, habría que determinar previamente eso sí, si es que su respectivo juicio se hizo o está pendiente;

Asimismo, la práctica diaria da otras posibilidades de juicios separados en el tiempo respecto de coimputados, pero no ya por atribución de un fiscal o de un juez de garantía, sino que simplemente por factores ajenos a ellos, tales como la rebeldía de uno de los coimputados de un mismo juicio o bien, la aparición postrera de nuevos acusados, donde se lleva como “coimputados-testigos” a los ya enjuiciados en sede oral.

280 Nota: el inciso final del artículo 240 del CPP señala: “Transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado de conformidad al artículo 237, inciso quinto, sin que la suspensión fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo”.

En segundo término, averiguar si es realmente concebible en nuestro sistema que los coimputados declaren como testigos en juicios diversos.

Como se analizará en el capítulo siguiente, hay dos posiciones encontradas sobre el particular, unos, que estiman que el coimputado puede revestir la calidad de testigo en un juicio diverso sin ningún inconveniente y otros que piensan que no puede darse esa posibilidad.

La primera posición podría encontrar su sustento legal en las siguientes

normas:

Del examen del párrafo 5° del Título III del Libro II del Código Procesal Penal, artículos 298 a 313, allí no aparece prohibición alguna para que los coimputados declaren como testigos; en efecto, la regla general la contiene el artículo 298 del citado cuerpo legal, cuando dispone: *"Toda persona que no se encontrare legalmente exceptuada tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial practicado con el fin de prestar declaración testimonial"*.

Por ende, hay que ver quiénes son entonces aquellas personas legalmente exceptuadas.

El listado de tales sujetos se haya en los artículos 302 y 303 del Código del ramo y serían las siguientes:

El (la) cónyuge del coimputado

El (la) conviviente del coimputado

Los ascendientes del coimputado

Los descendientes del coimputado

Los parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del coimputado

El pupilo del coimputado

El guardador del coimputado

El adoptante del coimputado

El adoptado del coimputado

El abogado del coimputado, salvo que éste le relevare el deber de guardar secreto

El médico del coimputado, salvo que éste le relevare el deber de guardar secreto

El confesor del coimputado, salvo que éste le relevare el deber de guardar secreto

En general, aquellas otras personas que, por su estado, profesión o función legal, tuvieren el deber de guardar el secreto que les hubiere confiado el coimputado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto, salvo que éste le relevare el deber de guardar secreto (por ejemplo psicólogos, psiquiatras)

Como se aprecia de la nómina anterior, en ninguna parte aparece mencionado el coimputado como un sujeto no apto para ser testigo o exceptuado de la obligación de declarar en juicio. A la normativa anterior, habría que agregar que, en virtud de lo que dispone el artículo 309 del Código Procesal Penal, no existen tampoco los testigos inhábiles.

La segunda corriente, contraria a la posibilidad de que coimputados declaren en calidad de testigos en juicios diversos, se hallaría en la siguiente normativa.

“Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al co-imputado” (según nuestro artículo 7° del Código Procesal Penal), “podrán hacerse valer por la persona a quien se le atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”.²⁸¹

En consecuencia, las facultades, derechos y garantías de una persona que es coimputada comienzan desde el momento en que se dirige el procedimiento penal en su contra hasta el minuto en que se ejecute completamente su sentencia, como ya habíamos adelantado.

De lo anterior fluye que la garantía consignada en el literal g) del artículo 93 del Código del ramo protege al coimputado desde la primera actuación dirigida en su contra²⁸² hasta la completa ejecución de la sentencia, con lo que, si el proceso que se le ha incoado no está finalizado, su derecho a guardar silencio y, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento, permanecen incólumes.

281 Nota: PFEFFER URQUIAGA, Emilio, en Ob. Cit. Pág. 39 refiere: “El inciso 1° fue modificado en el Senado para evitar dudas respecto de la oportunidad en que finaliza el procedimiento. Con tal propósito se precisó que las facultades, derechos y garantías podrán hacerse valer desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia y no sólo hasta la finalización del mismo como lo había aprobado la Cámara de Diputados, lo que se explica perfectamente porque ése es el último momento hasta el cual el Estado podría continuar actuando respecto del imputado, a diferencia de los otros intervinientes”.

282 Nota: el inciso 2° del artículo 7 del CPP, refiere: “Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”.

Habría que señalar eso sí que para entender correctamente la oración “completa ejecución de la sentencia”, no bastaría en pensar sólo en una de las formas normales del término de la responsabilidad penal, esto es la sentencia definitiva, sino que también hacerla extensiva a la otra forma de terminación del proceso penal, como es el sobreseimiento definitivo.²⁸³

Ahora bien, este derecho a guardar silencio tiene un sentido, tal es el de entender que de esa manera, el sujeto imputado de un hecho punible no puede ser obligado a auto incriminarse.

Tal como sostienen **HORVITZ y LÓPEZ**, el tema de fondo o “*relevante en este caso radica más bien en el valor probatorio que cabe atribuir a la declaración inculpatoria de un coacusado, por el alto riesgo de falta de credibilidad que puede afectarla*”.²⁸⁴

Este es el tema que trataremos fundamentalmente en el capítulo siguiente de esta tesis.

Ahora, en cuanto a la declaración misma que preste un coimputado en un juicio diverso en calidad de testigo, si tenemos presente la norma del artículo 7° del Código Procesal Penal, que le prolonga tal calidad (de imputado) hasta la completa ejecución de la sentencia, tratándose de una condenatoria, hay que preguntarse si a ese “coimputado-testigo” se le puede o no tomar juramento, como se hace con todos los testigos conforme lo exige el artículo 306 del Código Procesal Penal, cuando señala: “*Todo testigo, antes de comenzar su declaración, prestará juramento o promesa de decir verdad sobre lo que se le preguntare, sin ocultar ni añadir nada de lo que pudiere conducir al esclarecimiento de los hechos*”.

Luego, será de suma importancia saber de antemano, si éste coimputado puede o no declarar como testigo y en ese caso se le puede juramentar o hacer prometer veracidad de lo que diga, o en caso contrario, si se le sigue estimando coimputado, hay que tener presente el tema de la no autoincriminación bajo promesa o juramento, que está ampliamente reconocido como principio, en tratados internacionales.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 8° N° 2 letra g) dispone lo siguiente: “*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*”.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, en el artículo 14 N°3 establece: “*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá*

283
cosa juzgada”.

Nota: el artículo 251 del CPP señala: “El sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento y tiene autoridad de

284

HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián, Ob. Cit. Tomo II pág. 316.

derecho...a las siguientes garantías mínimas...g) no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

Por otro lado, nuestra Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 19 N°7 letra f) señala: “La Constitución asegura a todas las personas...N°7) El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia.... f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio”.

En consecuencia, si un “coimputado” ha sido condenado en otro juicio, y es llamado como testigo al juicio de su coimputado, pero está pendiente la ejecución de la condena (porque la está cumpliendo o bien porque está siendo beneficiado con algunos de los sistemas alternativos de condena efectiva de la Ley N° 18.216), en mi opinión – atendido el claro tenor del inciso 1° del artículo 7° del Código Procesal Penal, que le extiende la condición de imputado más allá de que su sentencia se encuentre firme o ejecutoriada, no se le podría juramentar como al común de los testigos y, en consecuencia, no pesaría sobre él la “imposición” de decir la verdad bajo la conminación de cometer el delito de falso testimonio dado en juicio.

A la situación anterior habría que agregar las siguientes eventualidades que pudieran suceder, que en mi parecer correrían idéntica suerte.

Los coimputados que hayan sido condenados en procedimientos abreviados – por los mismos hechos – que el imputado del juicio y respecto de los cuáles esté pendiente el cumplimiento de su condena;

Los coimputados favorecidos con una suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio – mientras esté pendiente el período de cumplimiento en el primer caso y, en el segundo, mientras no se haya dictado sobreseimiento definitivo.

No ocurriría lo mismo en mi opinión con el coimputado que es citado como testigo y respecto del cual se dictó una sentencia absolutoria que se encuentra firme o ejecutoriada, pues como no hay nada que cumplir en ese caso, ha dejado de ser “imputado” en los términos previstos en el artículo 7° del Código referido y, en suma, podría en mi opinión comparecer como testigo y se le podría juramentar.

INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO V

SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS

NOMBRE	PÁGINA
Preámbulo del Capítulo V	167
1.- Cómo se ha regulado en Chile, la admisibilidad de las declaraciones de los coimputados	167
1.1.- En El Derecho Penal Sustantivo o Material	167
1.2.- En El Derecho Penal Procesal	169
1.3.- ¿Cómo debieran valorarse entonces las declaraciones de los coimputados que lleguen por las distintas vías señaladas al juicio oral?	202
1.3.a) Gráfico 2	207
1.4.- Cómo debieran valorarse entonces las declaraciones de los coimputados mencionados anteriormente	230
1.5.- ¿La declaración de coimputados es un asunto de libre valoración?	246
1.6.- La cuestión de la eficacia de las declaraciones de los coimputados para los jueces	252
2.- Cómo se ha regulado en algunos países la admisibilidad de las declaraciones de los coimputados	256

INDICE GENERAL DEL CAPITULO V
 SOBRE LA VALORACION DE LAS
 DECLARACIONES DE LOS CONTRIBUYENTES

Página	Materia
74	Presentación del Capítulo V
75	1.- Como se ha regulado en el art. 14
76	de la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
77	1.1.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
78	1.2.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
79	1.3.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
80	1.4.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
81	1.5.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
82	1.6.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
83	1.7.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
84	1.8.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
85	1.9.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
86	1.10.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
87	1.11.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
88	1.12.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
89	1.13.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
90	1.14.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
91	1.15.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
92	1.16.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
93	1.17.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes
94	1.18.- De la Ley de los Impuestos de los Contribuyentes

CAPÍTULO V

SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS

Preámbulo del capítulo V

En este capítulo trato el tema de la valoración de las declaraciones de coimputados, en el derecho procesal penal, es decir cuando salvada que sea el tema de su exclusión probatoria, finalmente lleguen tales asertos a los jueces del Tribunal de Juicio Oral a través de tres medios; presencialmente, es decir cuando aquellos declaren en estrados, ya sea como medio de defensa, en su propio juicio o bien, cuando declaren en calidad de "coimputados-testigos" en un juicio diverso, también cuando lleguen a juicio sus testimonios a través de algunos testigos de oídas y, finalmente, cuando se incorporaren por la lectura de declaraciones anteriores, según trata el artículo 331 del Código Procesal Penal. Indico que las vías de acceso al juicio de tales declaraciones son cinco, tal como se aprecia en el segundo esquema de esta tesis que aquí desarrollo, indicando que para el tema de la valoración de los dichos de los coencartados, cabría tener presente cuál es la naturaleza jurídica que el juzgador le da a tales atestados, ya sea como una simple prueba testifical, o bien simplemente como medio de defensa o, por último, la posición intermedia que le da un carácter de "testigo-impropio", para luego dar mi opinión sobre la valoración de las declaraciones de coimputados en todas las formas en que puedan llegar al juicio oral y finalmente, se esboza cómo se ha regulado en algunos ordenamientos jurídicos foráneos el tema de la admisibilidad de las declaraciones de los coimputados, citándose la situación de los países del common law, Alemania, Italia, España, y en algunos países latinoamericanos, tales como los Estados de Chihuahua y Oaxaca en México, Panamá y Perú.

1.- Cómo se ha regulado en Chile, la admisibilidad de las declaraciones de los coimputados

1.1.- En El Derecho Penal Sustantivo o Material

En diversos cuerpos normativos o leyes especiales se tiene expresamente contemplada entre nosotros la posibilidad cierta, de que pueda declarar un coimputado en contra de otro.

De partida en el Código Penal, la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 indirectamente conlleva tal posibilidad, cuando se establece como circunstancia aminorante de la responsabilidad penal, desde el año 2002, la siguiente: "Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos".

Asimismo en diversos artículos del Código Penal se encuentran otros ejemplos más concretos en que un coimputado puede resultar beneficiado al declarar contra otro, por ejemplo los artículos 159 y 160. ²⁸⁵

Por su parte el inciso final del artículo 206 del Código Punitivo señala que si un testigo, falta a la verdad en su declaración, contra un imputado o acusado tendrá las penas allí previstas, con lo que será de importancia pesquisar si esta norma se puede referir o no al coimputado declarante. ²⁸⁶

Interesante también resulta la norma del artículo 295 del Código Penal, que en lo medular, respecto de las asociaciones ilícitas señala, la exención de pena para aquellos miembros que revelaren a la autoridad, la existencia, planes o propósitos de la misma. ²⁸⁷

En materia de la Ley de Drogas N° 20.000, el artículo 22 establece claramente la atenuante de la cooperación eficaz, de donde se deduce que un coimputado en estos delitos pueda perfectamente declarar en contra de otro coimputado y, a consecuencia de ello obtener una condena más favorable, rebajada de entre dos a tres grados. ²⁸⁸

285 Nota: los artículos referidos del CP chileno, señalan: Art. 159. Si en los casos de los artículos anteriores de este párrafo, aquél a quien se atribuyere responsabilidad justificare que ha obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria, las penas señaladas en dichos artículos se aplicarán sólo a los superiores que hayan dado la orden. Art. 160. Si un empleado público acusado de haber ordenado, autorizado o facilitado alguno de los actos de que se trata en el presente párrafo, pretende que la orden le ha sido arrancada por sorpresa, será obligado, revocando desde luego tal orden para hacer cesar el acto, a denunciar al culpable; en caso de no denunciarlo, responderá personalmente.

286 Nota: el artículo referido del CP chileno indica: Art. 206. El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito. Tratándose de peritos e intérpretes, sufrirán además la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

Si la conducta se realizare contra el imputado o acusado en proceso por crimen o simple delito, la pena se impondrá en el grado máximo

287 Nota: el artículo 295 del CP chileno señala: Quedarán exentos de las penas señaladas en los artículos anteriores aquellos de los culpables que, antes de ejecutarse alguno de los crímenes o simples delitos que constituyen el objeto de la asociación y antes de ser perseguidos, hubieren revelado a la autoridad la existencia de dichas asociaciones, sus planes y propósitos. Podrán sin embargo ser puestos bajo la vigilancia de la autoridad.

288 Nota en la Ley N° 20.000, el artículo 22 dispone: Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.

Sin embargo, tratándose del delito contemplado en el artículo 16, la reducción de la pena podrá comprender hasta tres grados.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero.

El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero.

La Ley Antiterrorista, por otra parte, en su artículo 4° establece: *“Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaran a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos”*.²⁸⁹

El artículo 9° de la indicada Ley señala: *“Quedará exento de responsabilidad penal quien se desistiere de la tentativa de cometer algunos de los delitos previstos en esta ley, siempre que revele a la autoridad su plan y las circunstancias del mismo.*

En los casos de conspiración o de tentativa en que intervengan dos o más personas como autores, inductores o cómplices, quedará exento de responsabilidad penal quien se desistiere cumpliendo con la exigencia prevista en el inciso precedente, siempre que por su conducta haya conseguido efectivamente impedir la consumación del hecho o si la autoridad ha logrado igual propósito como consecuencia de las informaciones o datos revelados por quien se ha desistido. De producirse la consumación del delito, se estará a lo dispuesto en el artículo 4º”.

Se señala por la doctrina que las declaraciones de coimputados obtenidas al amparo de las normas anteriores constituyen las llamadas declaraciones premiales, a algunas de ellas dedicaremos el último capítulo de esta tesis, por ahora sólo mencionamos las que parecen más interesantes.

1.2.- En El Derecho Penal Procesal

Trataré en esta parte de la tesis como se ha regulado en nuestro sistema procesal el tema de la inclusión de las declaraciones de los coimputados. Se recuerda que el Código hace una breve remisión a la declaración del coimputado en el juicio oral, dando por descontado ya, que en la fase previa, esto es la intermedia, se debió decidir sobre la inclusión o exclusión de la misma.

Ya analicé en el capítulo IV apartados 3) y 4) con todos sus derivados, el tema de las posibles alegaciones de exclusión probatoria de las declaraciones de los coimputados en todas las formas en que se ofrezcan para llegar al juicio oral.

Si con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz, deberá solicitarlos fundadamente. El fiscal requirente, para los efectos de efectuar la diligencia, deberá realizarla en presencia del fiscal ante quien se prestó la cooperación, debiendo este último previamente calificar su conveniencia. El superior jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento.

La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales.

289

Nota: la Ley N° 18.314 fue publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 1984.

Ahora, simplemente haré alusión a las distintas formas en que pueden llegar las declaraciones de los coimputados al juicio, cuando hayan salvado la valla de la exclusión probatoria si es que se alegó sobre tal particular en la audiencia de preparación del juicio oral en la fase intermedia.

Para lo anterior, hay que tener en cuenta que de lo que he visto hasta este momento, en general, las declaraciones de coimputados pueden llegar al juicio cuando aquéllos las presten en estrados (a éstas las llamamos presenciales); cuando las traigan otros (como relatos de testigos de oídas) y cuando se incorporaren por la lectura de declaraciones anteriores (que es la situación que regula nuestro Código Procesal Penal en algunos literales del artículo.331).

Se verá que también existen otras dos vías indirectas y no regladas en el sistema, por medio de la cual pueden llegar al juicio oral, las declaraciones de los coimputados.

Me refiero a la incorporación de “otros” antecedentes documentarios en que consten anteriores declaraciones de coimputados y a la citación, en calidad de testigo, de un coimputado, precisamente al juicio de su copartícipe.

Si uno busca la voz “coimputado” en el Código Procesal Penal, ella aparece en los artículos 140, 331 literales c) y d) y el artículo 458.

Partiré analizando precisamente, cuáles son las cinco “vías de acceso” que proporciona el sistema, para permitir el ingreso de las declaraciones de coimputados al juicio.

Como señalé, en total son cinco sus formas de acceso y de ellas, al menos tres tienen reglas propias o bien, existen otras normas del Código que les son aplicables.

Hay empero dos, que no tienen reglas y, en mi opinión, sería discutible remitirse de una manera fácil a las demás normas generales del Código para permitir su inclusión en nuestro sistema. Veremos que por su forma, contenido y dinámica, ello podría vulnerar derechos esenciales.

1.2.1.- Las cinco vías de acceso de las declaraciones de coimputados en nuestro sistema

He dicho en esta tesis, que las declaraciones de los coimputados pueden llegar al juicio oral por diversas vías:

1.- Como declaraciones presenciales de un coimputado a favor o en contra de otro, prestadas en el mismo juicio como medio de defensa;

- 2.- Como declaraciones de testigos de oídas;
- 3.- Como lectura de las declaraciones anteriores de los coimputados;
- 4.- Como incorporación de determinados antecedentes documentarios donde conste también la declaración de un coimputado, y
- 5.- Como testigo en el juicio de su coimputado

1.2.1.1.-Uno) como declaraciones presenciales de un coimputado a favor o en contra de otro, prestadas en el mismo juicio como medio de defensa

En los términos indicados en los artículos 98 letra g) y 326 del Código Procesal Penal.

Cuando se sigue un juicio contra dos o más coimputados y están todos presentes, a ellos les rige el derecho de guardar silencio o bien, de renunciar a ese derecho y declarar como medio de defensa en el juicio.

En este evento, pueden los coimputados asilarse en su derecho a guardar silencio y, entonces, sólo podrían llegar al juicio oral sus anteriores declaraciones por la vía de testigos de oídas, si es que algunos de ellos o todos, en las fases preliminares, prestaron declaración ante el fiscal o la policía, que es lo que se verá en el punto siguiente.

Sin embargo, y en lo que interesa en este momento, es que los coimputados, perfectamente pueden prestar declaración en el juicio oral y aquí pueden darse diversas posibilidades, como ya adelantamos en el capítulo anterior de esta tesis y que pueden bosquejarse así.

1.2.1.1.1)- Auto inculporatorias e Inculporatorias para otros (todos somos culpables)

En sede de juicio oral si existen dos o más coimputados pudiera suceder que sólo uno de ellos declare como medio de defensa y se auto inculporine y que, a su vez inculporine a los demás.

En relación a este caso, se pueden aumentar las variantes, según sea la actitud que tomen en el juicio, los restantes coimputados inculporinados por el declarante:

1.2.1.1.1.A) Opción Silencio

Los coimputados que son incriminados por el único coimputado que declara en juicio, guardan silencio en el mismo.

El ejercicio de un derecho no puede traer consecuencias adversas para quien lo ejerce,²⁹⁰ en consecuencia, si ellos ejercen su derecho a guardar silencio, esa opción válida por la que optan, no puede perjudicarlos.²⁹¹

1.2.1.1.1.B) Opción Declaración

Los coimputados que son incriminados por el imputado, también deciden declarar y aquí hay cuatro posibilidades más

b1) También pudiera suceder que un coimputado se auto incrimina al declarar e incrimina a los restantes, pero los otros también optan por declarar, reconociendo su propia participación culpable, coincidiendo todos en su propia culpabilidad y en la de los restantes.

b2) También se da el caso de que un coimputado se auto incrimina al deponer como medio de defensa y aprovecha de incriminar a los demás, los que, al declarar en juicio niegan su propia participación, sin embargo, concuerdan en la autoincriminación del primero.

290 Nota: DUCE y RIEGO, entre nosotros, señalan que los jueces pueden, perfectamente valorar el silencio; es más según opinión que no comparto para nada, es perfectamente legítimo que lo hagan, en Ob. Cit. Pág. 475 y siguientes.

291 Nota: PÉREZ DEL VALLE, Carlos, por el Consejo General del Poder Judicial, Profesor Ordinario de la Escuela Judicial española, en su artículo *"El Imputado y el derecho de Defensa en el Marco del Proceso Penal - Reflexiones en torno a las consecuencias del principio nemo tenetur"* refiere: "Se indica, con frecuencia, que es posible que el silencio no puede ser utilizado en perjuicio del acusado: es obvio que si el silencio es un derecho fundado en la imposibilidad de coacción para hacer declarar al imputado y que encuentra respaldo en su derecho a ser oído, la posibilidad de una interpretación de la negativa a declarar que perjudicase a quien guarda silencio sería absurda. Por una parte, en esta dirección se encuentran los preceptos legales que, en los sistemas de derecho continental, excluyen el juramento de verdad al imputado. La consecuencia que se deriva de ello es, desde luego, que el juez penal no puede, en una valoración conjunta de las pruebas, utilizar este silencio como un elemento inculpatario del imputado. De otro modo, el ejercicio de una facultad vinculada al derecho a ser oído y, más directamente, a la facultad de escoger los medios para su defensa, como es el derecho a guardar silencio, llevaría a consecuencias negativas de inculpación del propio acusado, y esto supone indudablemente un contrasentido. Estarían por tanto vedadas en la motivación de una sentencia condenatoria motivaciones que aplicaran la máxima: "el que calla otorga". Pero tampoco está autorizado el juez, en el momento de valoración de la prueba, a cuestionarse sobre el motivo del silencio del acusado; el acusado puede guardar silencio por resignación, por una ponderación personal con otros intereses propios o ajenos o incluso por reacciones de boicot al proceso penal, incluso por razones políticas. Mientras esta primera conclusión es muy clara en relación con el silencio total respecto de los hechos, la cuestión es más debatida si se trata de un silencio parcial: el acusado responde algunas preguntas y otras no. En este punto, hay dos opiniones al respecto: por un lado, se piensa que el silencio parcial debe valorarse como una parte de las manifestaciones; por otro, se indica también que el silencio parcial es también ejercicio de un derecho, y que una ponderación respecto de lo que calla supondría su vulneración. La solución, sin embargo, debe ser negativa: en ningún caso el silencio puede ser interpretado como prueba contra el acusado, ni siquiera como indicio de refuerzo de la convicción del tribunal: el derecho a guardar silencio no es una consecuencia de la "libertad de autoinculparse" —que no existe— sino de la "libertad para determinar el modo y forma de defensa"; por tanto, no sólo puede acogerse al silencio quien ha cometido el delito y no quiere confesar, sino también quien es inocente y considera que ésta es la forma adecuada de defenderse. Es evidente que en este último caso, una interpretación del silencio del acusado, aun parcial, sería errónea". Ponencias Aula Iberoamericana – Escuela Judicial de España – Curso de Formación Judicial Especializada: "LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD EN LOS PROCESOS PENALES MODERNOS", Cartagena de Indias, Colombia, del 17 de noviembre al 21 de noviembre del 2008.

b3) Los demás coimputados aceptan la incriminación que les hizo el primero, pero niegan la auto inculpación que aquél hizo de sí mismo, señalando que no es culpable.

b4) Por último, los coimputados incriminados que declaran niegan su propia participación y, a la vez exculpan al coimputado que ya se había auto incriminado.

1.2.1.1.2).- Auto exculpatorias e Incriminatorias para otros; (yo soy inocente y los demás son culpables)

En este caso, un coimputado renuncia a su derecho a guardar silencio y opta por declarar como mecanismo de defensa y, en ese evento, da una declaración exculpatoria para él, pero incriminatoria para los restantes.

Al igual que en el caso anterior, lo que suceda dependerá de la actitud de los restantes coimputados incriminados.

1.2.1.1.2.A) Opción Silencio

Los restantes coimputados incriminados ejercen su derecho a guardar silencio.

Aquí damos por reproducido el comentario anterior, en orden a que no pueden sacarse conclusiones adversas del silencio de los coimputados.

1.2.1.1.2.B) Opción Declaración

Los restantes coimputados incriminados optan por declarar y también hay cuatro posibilidades más:

b1) una primera posibilidad es que los restantes coimputados reconozcan su propia culpabilidad y acepten o estén acordes con la exculpación del primero.

b2) otra posibilidad es que los restantes coimputados reconozcan su propia culpabilidad, pero, a su vez incriminen al coimputado que se auto exculpaba.

b3) otra variante es que los restantes coimputados nieguen su propia responsabilidad y concuerden con la auto exculpación del restante coimputado.

b4) por último, los restantes coimputados nieguen la incriminación propia y, a su vez incriminen al otro coimputado.

1.2.1.1.3).- Auto incriminatorias y Exculporias para otros; (yo soy culpable y los demás son inocentes)

En este evento, un coimputado renuncia a su derecho a guardar silencio y opta por declarar como mecanismo de defensa y, en ese evento, da una declaración incriminatoria para sí, pero exculporia para los restantes.

Al igual que en los casos anteriores, lo que suceda en el juicio, dependerá de la actitud de los restantes coimputados.

1.2.1.1.3.A) Opción Silencio

Los restantes coimputados exculporados ejercen su derecho a guardar silencio.

Al igual que en las situaciones anteriores, el ejercicio del derecho a guardar silencio no trae consecuencias negativas para quien lo ejerce.

1.2.1.1.3.B) Opción Declaración

Los restantes coimputados exculporados optan por declarar y hay cuatro posibilidades más

b1) una primera posibilidad es que los restantes coimputados acepten también su exculporación y acepten la auto inculporación del primero.

b2) otra posibilidad es que los restantes coimputados acepten su exculporación, pero, a su vez exculporan al coimputado que se incriminaba.

b3) otra variante es que los restantes coimputados se auto incriminen, es decir no están conformes con la exculporación que les hace el otro y concuerden con la auto incriminación del restante coimputado.

b4) por último, los restantes coimputados se auto incriminan y, a su vez exculporan al otro coimputado.

1.2.1.1.4).- Auto exculpatorias y Exculpatorias para otros; (todos somos inocentes)

Al igual que en los casos anteriores, las soluciones serán distintas, según la actividad que los otros coimputados realicen en el juicio.

1.2.1.1.4.A) Opción Silencio

Los restantes coimputados exculpados ejercen su derecho a guardar silencio

Como ya se ha señalado el derecho a no declarar no puede traer consecuencias negativas para quien opta por esa vía.

1.2.1.1.4.B) Opción Declaración

Los restantes coimputados exculpados optan por declarar y hay cuatro posibilidades más

b1) una primera posibilidad es que los restantes coimputados acepten también su exculpación y acepten la auto exculpación del primero.

b2) otra posibilidad es que los restantes coimputados no acepten su exculpación, o sea se autoincriminen, pero, sin embargo, coincidan en la exculpación del primero.

b3) otra variante es que los restantes coimputados se auto incriminen, es decir no están conformes con la exculpación que les hace el otro y no concuerden con la auto exculpación del restante coimputado, es decir lo incriminen.

b4) por último, los restantes coimputados están acordes con la exculpación que de ellos hace el primero, sin embargo, a éste lo incriminan.

Como se puede apreciar, de todas las situaciones mencionadas en los apartados 1.2.1.1.1, 1.2.1.1.2, 1.2.1.1.3 y 1.2.1.1.4., en todos los casos anteriores y de las sub situaciones referidas en cada caso, en los acápite A) y B) y sublitterales b1, b2, b3 y b4, las declaraciones de coimputados vertidas en el juicio mismo se están refiriendo, en uno u otro caso, a inculpar o exculpar a otro coimputado de los cargos formulados en contra de todos en la acusación penal motivo del juicio oral.

Entonces, la valoración de tales asertos de coimputados que perjudican o favorecen a los otros corresponde hacerla al Tribunal.

Si bien, técnicamente la deposición llega al juicio oral por una vía directa, como es la declaración presencial que el coimputado ante los jueces y con el valor agregado de la inmediación, no puede pensarse que es una simple declaración como la que presta un testigo o perito cualquiera en la causa, es más que eso, es el ejercicio de un derecho, el de ser oído por los jueces que deben resolver.

Este derecho a ser oído, significa en lo que atañe a la propia responsabilidad de quien la hace, su confesión o bien la negación de los cargos.

1.2.2.- En cuanto al valor probatorio de las declaraciones de los coimputados presentes en el juicio, en relación a los demás coimputados de la sala

En lo que interesa a esta tesis, cabe preguntarse ¿qué valor tiene esa declaración, no respecto de la situación procesal del propio declarante, sino que de los restantes?

Sabemos que, tratándose de la declaración en perjuicio propio, esto es una confesión, no bastará para condenar su sola existencia, ya que el inciso final del artículo 340 del Código Procesal Penal señala que: *"No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración"*.²⁹²

Por ello, la pregunta radica en el mérito o valor que los jueces hagan de esas declaraciones del coimputado, ya no en lo que se refiere a su particular posición de acusado en el proceso, sino que en relación a la posición de acusados de los restantes.

Aquí debo tratar dos cosas previas que ayudarán a una mejor conclusión:

292 Nota del Autor: En mi opinión, en principio estimo que la sola confesión de un acusado no bastaría para condenarle aunque esté acreditado el hecho punible. Admito eso sí, que perfectamente podrían existir otras posiciones sobre el particular, interpretando la norma citada, conjuntamente con la del inciso 1° del mismo artículo 340 del CPP, que dispone: *"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 objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley"*. En efecto, perfectamente pudiere razonarse en orden a que la confesión del encartado sería también apta para acreditar el hecho punible y, con mayor razón aquella misma serviría para dar por acreditada su participación culpable, pues el legislador en el inciso final de la norma referida indica las locuciones: *"con el sólo mérito de su sola declaración"* y aquí, habría más que su propia declaración, pues estaría también acreditado el hecho punible con sus dichos auto incriminatorios.

Primera

¿La declaración de un coimputado puede asimilarse a la de un testigo? o en otras palabras, ¿En qué se distinguen la declaración de un coimputado con la de un testigo?

Segunda

¿Basta la declaración inculpatoria de un coimputado en contra de otro para condenar? y, en sentido inverso ¿Será suficiente la declaración exculpatoria de un coimputado para absolver?

1.2.2.1.- Análisis de las diferencias de las declaraciones de un testigo y un coimputado

El Código Procesal Penal en su artículo 326 señala: *"El acusado podrá prestar declaración"*, sobre la mecánica de tal declaración, véase lo señalado en el apartado 4.2.5 del capítulo IV de esta tesis.

Lo que interesa ahora no es la dinámica de la declaración misma, sino que sus particularidades en relación con la declaración que dé un testigo o perito en un juicio, pues si bien, el legislador a todas las denomina "declaraciones", la del coimputado tiene elementos que la distinguen, que son los que se tratarán a continuación.

1.2.2.1.1.- Elementos que distinguen la declaración de un coimputado, prestada en juicio, en relación a testigos y peritos

El enunciado propuesto me lleva a dilucidar, en este momento, si es que existe o no un distingo entre la declaración de un coimputado y la que presta un testigo o perito en un juicio.

FLORIAN ²⁹³ señala que *"El juez y los demás sujetos procesales pueden aprehender el objeto de prueba mediante informes de otras personas que no estén vinculadas al proceso por ningún interés originado en las relaciones jurídicas que en él se ventilan. Estas personas son los testigos y los peritos (y al lado de estos los intérpretes), pues desde un punto de vista abstracto se presentan con el sello originario de la imparcialidad o por lo menos revestidos con la presunción de ser imparciales, presunción que es correlativa de su interés"*.

La declaración está pensada en juicio, como prueba testimonial o pericial, respecto de testigos y peritos respectivamente, sujetos que, en mi parecer deponen en juicio en relación a cosas que escuchan, presencian o examinan y que, normalmente, le son ajenas.

Habría una excepción en relación con la declaración de la víctima, en lo tocante a la ajenidad a que me he referido anteriormente, pues, se sabe que aquella en nuestro sistema, está definida como el "ofendido por el delito"²⁹⁴ y, por ende a su respecto no se puede hablar de una falta de interés, porque precisamente le atañe indudablemente el contenido de su propia declaración. Empero, recuérdese que actualmente, en este nuevo sistema de enjuiciamiento criminal no existen los testigos inhábiles ni las causales de tacha como se analizó en el capítulo III de esta tesis.

Volviendo a la comparación de las declaraciones de coimputados, testigos y peritos, ciertamente hay variadas diferencias sistémicas en el tratamiento que el legislador le da a unos y otros.

Escudriñar en esas diferencias, estimo nos ayudará a desentrañar lo relativo a su valoración, en otras palabras, si un juez puede y debe valorar de igual manera lo sostenido en juicio por un coimputado, en relación a lo que sostenga un testigo o un perito, porque como se verá, existen nutridas diferencias que, en mi opinión, las hacen completamente diferentes.

1.2.2.1.1.a).- no es obligatorio para el coimputado prestar declaración como en el caso de los testigos y peritos citados al juicio oral (derecho a guardar silencio)

El testigo y perito que citado a declarar y que no se encuentre en alguna de las situaciones de excepción de los artículos 302, 303 y 305 del Código Procesal Penal, está obligado a declarar, es decir, no puede negarse sin justa causa a ello, entonces si no tiene una de las situaciones de privilegio para no declarar, será sancionado penalmente por tal hecho, con las penas que establece el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, esto es reclusión menor en su grado medio a máximo (de 541 días a 5 años).²⁹⁵

En cambio, en el caso de un coimputado, éste perfectamente puede ejercer su derecho a guardar silencio y nadie puede moverlo de allí y, lo mejor de todo, es que nadie podría obligarlo a declarar y tampoco los jueces podrían sacar alguna conclusión – positiva o negativa – de tal silencio.

294 Véase el artículo 108 del CPP
295 Véase el artículo 299 del CPP

Tampoco un coimputado inculpatado o exculpado por otro, está en la obligación de responder (declarando) sobre la afirmación sea favorable o desfavorable que hizo ese otro coimputado.

1.2.2.1.1.b).- si se presta declaración por el coimputado, no se hace nunca bajo juramento, sino sólo exhortado a decir la verdad

A diferencia de lo que ocurre con testigos y peritos mendaces, la declaración falsa del coimputado no constituye el delito de falso testimonio y ningún otro. ²⁹⁶

Es decir, si un coimputado inculpa falsamente a otro al declarar en un juicio nada arriesga, lo mismo ocurrirá si de manera mendaz exculpa a otro coimputado de los cargos que se le hacen por el ente persecutor.

El que un imputado sea exhortado a decir verdad, en nada asegura que realmente aquél diga la verdad de lo que está declarando; HORVITZ y LÓPEZ señalan sobre el particular que, *"Existe desacuerdo en la doctrina sobre si el imputado tiene una "obligación de decir la verdad" cuando decide declarar; pero mayoritariamente rechaza la existencia de una obligación semejante"*. ²⁹⁷

En cambio, si un testigo o perito faltan a la verdad en un proceso penal, la pena que ellos arriesgan por tal hecho, dependerá de si lo que se le imputa al acusado es una falta, un simple delito o un crimen.

Así, si se trata de un proceso penal por una falta, los indicados, arriesgan una pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años) y multa de 6 a 20 Unidades Tributarias Mensuales.

Empero, si se trata de un proceso penal por un simple delito o crimen, la pena sube a presidio menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años) y multa de 20 a 30 Unidades Tributarias Mensuales.

296 Nota: el artículo 206 del CP señala: "El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Tratándose de peritos e intérpretes, sufrirán además la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

Si la conducta se realizare contra el imputado o acusado en proceso por crimen o simple delito, la pena se impondrá en el grado máximo.

Están exentos de responsabilidad penal por las conductas sancionadas en este artículo quienes se encuentren amparados por cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 305 del Código Procesal Penal".

297 HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián, Ob. Cit. Tomo II, pág. 313.

Vale la pena tratar en este momento una situación curiosa que se da en uno de los países hispanoparlantes, esto es Colombia, en relación con la declaración de un coimputado y la prohibición del juramento o promesa. Este tema fue tratado al conocerse un recurso de inconstitucionalidad.²⁹⁸

De manera sintética, adelantaré que se hace un distingo en el sistema procesal penal colombiano, dividiendo la declaración del coimputado en dos partes;

La una, relativa a su propia participación, donde la ley, por supuesto, no le exige juramento o promesa, en tal parte de la declaración.

La otra, relativa a lo que declare sobre los demás partícipes, donde sí la ley le exige juramento o promesa, de donde se sigue que si falta a la verdad, puede ser perseguido criminalmente.

Hay dos artículos en el sistema procesal penal colombiano, la ley procesal penal del año 2000 y la última del año 2004, que se refieren a dichos tópicos, ellos establecen: “**pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo**”, del artículo 337 de la Ley 600 de 2000, y la otra que señala, “**comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento**”, del artículo 394 de la Ley 906 de 2004.

Los artículos referidos, in extenso disponen:

Ley 600 de 2000 “Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

“Artículo 337. Reglas para la recepción de la indagatoria. La indagatoria no podrá recibirse bajo juramento. El funcionario se limitará a informar al sindicado el derecho que le asiste de guardar silencio y la prohibición de derivar de tal comportamiento indicios en su contra; que es voluntaria y libre de todo apremio; no tiene la obligación de declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni contra su cónyuge, compañero o compañera permanente; le informará la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente y el derecho que tiene a nombrar un defensor que lo asista, y en caso de no hacerlo, se le designará de oficio. Pero si el

298 Nota: véase en anexo 8 de esta tesis, sentencia completa C-537/06 de La Sala Plena de la Corte Constitucional, Bogotá, D.C., de doce (12) de julio de dos mil seis (2006). Extraída con fecha 26 de octubre de 2010, del siguiente vínculo de internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-537-06.htm>

imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo.

Si la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud la podrá privar de este medio de defensa.

De todo esto se dejará expresa y clara constancia desde el comienzo de la diligencia”.

Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

“Artículo 394. Acusado y coacusado como testigo. Si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este Código.”

En contra de dichas normas se alzó demanda de inconstitucionalidad.

En ese fallo se contienen opiniones interesantes sobre el particular, que realizaron diversas personas que por la calidad de sus cargos funcionarios o académicos comparecieron al recurso. ²⁹⁹

En resumen y, para lo que interesa al caso de Chile, la declaración de un coimputado nunca puede recibirse bajo juramento o promesa de decir verdad.

La exigencia el juramento o promesa de veracidad que se impone a testigos y peritos tiene una sola finalidad, tal es, la de conminarlo a decir la verdad, bajo una “amenaza” para el caso de que no lo haga, esto es, la de que puede ser perseguido criminalmente por el delito de falso testimonio en causa criminal.

El legislador no ha escondido este propósito del juramento o promesa, esto es la obligación que tiene el testigo o perito de ser veraz, pues el inciso final del artículo 306 del Código Procesal Penal le confiere la facultad al Tribunal para “*si lo estimare necesario, instruir al testigo o perito) acerca del sentido o promesa y su obligación de ser veraz, así como de las penas con las cuales la ley castiga el delito de falso testimonio en causa criminal*”; en otras palabras, para advertirlo antes de que comience su declaración a que diga la verdad, pues en caso de que no lo hiciere, puede ser perseguido por un delito.

En cambio para los coimputados no existe tal juramento o promesa, en consecuencia, ellos, en el evento de que no dijeren la verdad y ello se comprobare de alguna manera, no podrían ser perseguidos por el delito de falso testimonio en juicio criminal.

Como bien sostiene BINDER,³⁰⁰ “en el sentido más genérico, se puede decir que el imputado no tiene el deber de declarar la verdad. Es decir, sea que declare la verdad o que oculte información, no estará haciendo otra cosa que ejercer su derecho a la propia defensa y de ninguna manera incumpliendo un deber como el que tienen los testigos respecto de la declaración. Esto significa que es el imputado quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, sólo él determinará lo que quiere o lo que no le interesa declarar”.

Por eso la fórmula que siempre se ha empleado en Chile para los coimputados, cuando desean prestar declaración en el juicio oral o bien, con anterioridad ante un Juez de Garantía, ha sido la de la exhortación a que digan la verdad.

1.2.2.1.1.c).- comienza siempre con un relato libre del coimputado, el Código Procesal Penal señala: “En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas”;³⁰¹

En el caso de los testigos, ellos declaran al tenor de las preguntas que le hagan los respectivos intervinientes, contestándolas. El inciso 3° del artículo 329 del Código Procesal Penal dispone: “La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes”.

Por regla general, deben contestar todas las preguntas que se les realicen, pues el artículo 299 inciso 2° del Código Procesal penal dispone que: “El testigo que se negare sin justa causa a declarar, será sancionado con las penas que establece el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”.³⁰²

Sin embargo, la norma anterior tiene excepciones, es decir, si el testigo es cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente, pariente colateral hasta el segundo grado, por consanguinidad o afinidad, pupilo, guardador, adoptante o adoptado del imputado (acusado) no está obligado a declarar. Estos especiales testigos, tienen la facultad de abstenerse de declarar, ese es su derecho, pero es renunciable y pueden, entonces renunciar a aquél y declarar. Este consentimiento, a la vez, puede ser dejado sin efecto por el declarante en cualquier momento y negarse a seguir declarando, aunque inicialmente hayan decidido hacerlo.

300 BINDER M., Alberto, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, Segunda edición actualizada y ampliada, Reimpresión, Editorial Ad-Hoc S.R.L., año 2000, Buenos Aires, pág. 181.

301 Véase el inciso 3° del artículo 326 del CPP

302 Nota: la pena establecida en el artículo 240 del CPC es la siguiente: reclusión menor en su grado medio a máximo, es decir, desde 541 días a 5 años.

Otra excepción a declarar la tienen determinadas personas por razones de secreto, es decir aquellas personas (testigos) que por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero, únicamente en lo que se refiriere a ese secreto. La contra excepción a esta norma está en la circunstancia de que la persona que les confió "el secreto", las puede relevar del deber de guardarlo (el secreto) y, en ese caso deben responder las preguntas que se les hagan.

Por último, todo testigo tiene el derecho a negarse a responder aquellas preguntas que lo puedan incriminar en cualquier delito, la ley habla de "*cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito*".³⁰³ El testigo, por último, tiene el mismo derecho de negarse a responder aquellas preguntas que puedan incriminar a sus parientes mencionados en el inciso 1° del artículo 302 del Código Procesal Penal.

Salvo todas las excepciones anotadas, que no son pocas, el testigo no solamente está obligado a declarar, sino que también a "*declarar la verdad sobre lo que se le preguntare y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración*", como señala la parte final del inciso 1° del artículo 298 del Código Procesal Penal.

Respecto de los peritos, la mecánica de su deposición en juicio varía sustancialmente en relación a los testigos. Así, según lo que previene el inciso 3° del artículo 329 del Código Procesal Penal: "*Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes*".

En lo que dice relación a la negativa a contestar algunas preguntas, rigen para ellos las mismas normas que para los testigos, por señalarlo así expresamente el artículo 319 del Código Procesal Penal.

Se parecen únicamente la declaración de un perito con la de un coimputado, en que ambos comienzan declarando, el primero libremente sobre el contenido y conclusiones de su pericia y, el segundo, que es el que nos interesa, dando un relato libre de los hechos, es decir su versión de lo sucedido, a continuación, ambos pueden ser interrogados y contrainterrogados como se verá a continuación y, finalmente el Tribunal sólo puede hacerles preguntas aclaratorias.

1.2.2.1.1.d).- al igual que en el caso de las declaraciones de testigos y peritos, puede estar sujeta a contradicción, es decir, pueden intervenir preguntando no sólo el defensor sino que también la o las partes acusadoras

A los testigos y peritos se les puede examinar por las partes que los presentan al juicio y contraexaminar o concontrainterrogar por las partes contrarias

A los coimputados se les puede examinar o interrogar por las partes. ³⁰⁴

Para entender cabalmente este tema, cabe señalar que a los testigos y peritos siempre los presenta a declarar la parte que, respectivamente, los haya llevado como probanzas de su propia teoría, en consecuencia, trátase de un fiscal, un querellante o un defensor, si ha presentado a un testigo o perito, sólo lo podrá interrogar y no contra interrogar. Por el contrario, la parte que no haya presentado al testigo o perito al juicio, podrá concontrainterrogarlo.

Nuestro Código Procesal Penal emplea la locución “concontrainterrogatorio” sólo en dos de sus normas, los artículos 329 y 330 y, por supuesto, no define que es lo que se entiende por concontrainterrogatorio.

VIAL CAMPOS señala la siguiente cita: “El propósito de un juicio es descubrir la verdad. El contraexamen es la mejor herramienta para descubrir la verdad, entonces, el propósito de un juicio es el contraexamen”. ³⁰⁵

El interrogatorio de un testigo o perito se dirige por la parte que lo presenta al juicio mediante preguntas que la especialidad llama preguntas “abiertas”, es decir preguntas genéricas que no guíen al testigo más que de una manera general, sin que le sea proporcionada información alguna para que de una respuesta, es decir, no se le siguiere la respuesta.

En cambio, en el concontrainterrogatorio, lo destacable son las preguntas cerradas, aquellas que se contestan generalmente sin mayor posibilidad de extensión en la respuesta,

304 Nota: el artículo 326 del CPP que se refiere a la declaración del acusado en el juicio, señala que una vez que el acusado preste declaración “podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden”. El legislador aquí no empleó la voz “concontrainterrogatorio” como cuando se trata de los testigos y peritos como hizo en el artículo 330 del CPP, sin embargo, tal norma es aplicable al imputado que se allanare a prestar declaración, según previene el inciso final del artículo recién citado, con lo que, en mi opinión, hay razón de texto para que el imputado pueda ser concontrainterrogado. La pregunta ahora es quién tiene ese derecho, el fiscal o el defensor. Recuérdese que tratándose de testigos y peritos el derecho a concontrainterrogar es para el litigante contrario, esto es, para aquél que no ha presentado a ese testigo o perito al juicio. Empero, tratándose de los acusados, ellos no son presentados en calidad de testigos a su juicio, ellos deponen como medio de defensa y en consecuencia estimo en lo personal que podría ser concontrainterrogado solamente por el fiscal.

305 VIAL CAMPOS, Pelayo, “Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno”, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, reimpresión de la primera edición, octubre de 2007, pág. 13, donde el autor cita: “Silogismos del contraexamen, LARRY S. POZNER y ROGER J. DOOD, Cross-Examination, Science and Techniques, The Michie Company, Law Publishers, Virginia, 1993, pág.1”.

normalmente con los monosílabos "sí" o "no", y preceden a una pregunta que es sugestiva, es decir que conlleva la respuesta, afirmativa o negativa a la pregunta.

Tal como sostiene VIAL CAMPOS, *"El concontrinterrogatorio se establece expresamente como un derecho de la parte que no presentó al testigo (o perito, le agrego yo), permitiéndose las preguntas sugestivas, lo que es compatible con la contradicción que todo proceso requiere y que asegura que la prueba ingresada al juicio cumpla con un estándar mínimo de fiabilidad"*.³⁰⁶

Tal como sostienen BLANCO, DECAP, MORENO y ROJAS,³⁰⁷ se ha planteado una duda respecto de la locución "directamente" que emplea el legislador en el artículo 326 del Código Procesal Penal, en efecto ellos señalan, *"otra cuestión que se ha debatido dice relación con el empleo de la expresión "directamente", utilizado a propósito del interrogatorio que efectúa el fiscal y el querellante. Ello en atención a que normalmente la doctrina emplea la expresión interrogatorio o examen directo para referirse a los testigos propios y, en cambio, se utiliza la nomenclatura de contraexamen o concontrinterrogatorio para referirse al efectuado sobre un testigo de la parte contraria. Debe señalarse que la cuestión no es simplemente semántica, sino que tiene un efecto sobre las preguntas que resultan admisibles según se trate de uno u otro tipo de interrogatorio. Nos parece errónea la solución que han dado algunos jueces a esta cuestión, cuando han resuelto que al decir el art. 326 que el imputado será interrogado directamente por el fiscal, está haciendo aplicable la prohibición de realizarle preguntas sugestivas, conforme lo dispone el art. 330. y resulta errónea porque la prohibición contenida en esta última disposición expresamente está planteada respecto de los testigos propios y nadie podrá sostener fundadamente que el imputado pueda ser asimilado a un testigo propio de la fiscalía. De allí que nos parece más respetuosa con las reglas de la litigación la solución dada por la gran mayoría de jueces, en orden a admitir las preguntas sugestivas por parte de fiscal y querellante; Pero queda todavía pendiente saber si el defensor puede realizar preguntas sugestivas al imputado. En nuestra opinión, siguiendo la teoría de la litigación, debiéramos entender que es un testigo propio, resultándole aplicable la regla contenida en el art. 330, que prohíbe respecto de ellos las preguntas sugestivas"*.

Más simple me ha parecido siempre la explicación que le escuché un día a **Jorge Bofill G.**, sobre la voz "directamente" a la que nos hemos referido y es la siguiente, - que de esa manera, una vez que el imputado terminara de prestar su declaración libre inmediata y directamente iba a ser interrogado por el fiscal, querellante y defensor, en ese mismo orden, excluyendo de tal forma la posibilidad de que los jueces se entrometieran preguntándole al imputado una vez que aquél diera su versión o relato libre de los hechos.

306 VIAL CAMPOS, Pelayo, Ob. cit. págs. 16 y 17.

307 BLANCO SUAREZ, Rafael; DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio; MORENO HOLMAN, Leonardo y ROJAS CORRAL, Hugo; *"Litigación Estratégica En el Nuevo Proceso Penal"*, Editorial Lexis Nexis, 1ª edición abril de 2005, Santiago de Chile, págs.166 y 167.

El tema del contrainterrogatorio es vital, pues por su intermedio, esto es, por la vía de la interrogación cruzada que haga el litigante contrario al testigo o perito de la contraparte – o la fiscalía y querellante al coimputado – puede obtenerse mayor claridad sobre la versión ya entregada por el mismo (testigo, perito o coimputado) durante el interrogatorio que le hizo la misma parte que lo presentó.

La finalidad de contrainterrogatorio es una sola, servir de herramienta al principio de la contradicción de las pruebas, es decir, es una especie de revisión, de filtro, de control que hace la parte contraria, a la información que ya proporcionó el testigo, perito o coimputado.

Como sostiene VIAL CAMPOS,³⁰⁸ “los tres objetivos básicos del contraexamen se pueden resumir en tres grupos: a) obtener testimonio favorable del testigo; b) desacreditar el testimonio del testigo o desacreditar al testigo y c) limitar el testimonio del testigo”.

Yo agregó que todo lo dicho para el testigo por el indicado autor, es tan válido para el perito como para el coimputado.

1.2.2.1.1.e).- también los jueces al final de su declaración, podrán “formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos”,³⁰⁹ al coimputado que declara

El legislador ha puesto cortapisas serias a la actividad de los jueces en el juicio oral y ello, en mi opinión, es más que entendible, en efecto, no se quiere a un juez parte (como antaño) que era investigador, acusador y, además, sentenciador.

Por ello, ha limitado las facultades de los jueces del juicio, solamente a poder hacer preguntas aclaratorias a los coimputados que se allanen a declarar, jamás podrán, por intermedio de sus preguntas introducir nueva información. De hacerlo, me temo que no estarían ocupando su lugar de jueces imparciales que les prevé el sistema, sino el de partes interesadas y, con sus interrogatorios, en lo que no sean aclaratorios, o bien estarían subsidiando la labor del fiscal o la del defensor.

No ha sido fácil y es una práctica en algunos jueces, bajo el pretexto de aclarar dudas generales del caso que se les plantea, formularles preguntas al imputado, empero, lo que ha querido el legislador ha sido única y exclusivamente, aclarar a los jueces con una o más preguntas, alguna duda que les haya quedado de lo sostenido por el acusado, por ejemplo,

308 VIAL CAMPOS, Pelayo, Ob. cit. pág. 36

309 Véase el apartado final del inciso 3° del artículo 326 del CPP

porque no se le ha entendido claramente, porque sobre el mismo tópico ha dichos dos cosas distintas, etc.

De la historia de la ley, ello aparece más que claro, así, cuando se discutió el tema, en el Senado se señaló: *"Respecto de las preguntas que puede formular el tribunal al testigo o perito, el Senado dejó constancia que no pueden referirse a hechos no comprendidos en su declaración, sino que tienen por objeto solamente aclarar pasajes oscuros o contradictorios de la misma"*.³¹⁰

Tal como sostienen HORVITZ y LÓPEZ,³¹¹ *"en el nuevo sistema de justicia criminal chileno sólo las partes aportan y producen pruebas en el juicio oral"*, por ende, la regla será que los jueces no puedan producir pruebas mediante las respuestas que se den a sus preguntas, que como se refuerza, son solamente aclaratorias. Añaden los citados autores que *"sin embargo, los miembros del tribunal del juicio conservan una importante facultad, que puede ser considerada como el único caso en el que podrían "producir" prueba, aunque el Código es cuidadoso cuando regula las facultades del tribunal tras el interrogatorio de los declarantes. En efecto, suele establecerse la posibilidad de que los miembros del tribunal formulen preguntas a los testigos, peritos o al propio imputado para que "aclaren sus dichos" (arts. 326 inciso 3° y 329 inciso 4° CPP). Esta facultad nos parece razonable. Es lógico que ante declaraciones oscuras o la utilización de conceptos técnicos no esclarecidos por los interrogadores, el tribunal pueda formular las correspondientes preguntas aclaratorias. Ello no vulnera en modo alguno la lógica del juicio si el tribunal se mantiene en el contexto y margen del interrogatorio realizado por los intervinientes"*.

ECHEVERRÍA RAMÍREZ,³¹² sobre este tema incluso ha sostenido *"con toda seguridad la fuente más fecunda de actuaciones judiciales capaces de crear peligro serio, cuando no ya franco atropello a la garantía de imparcialidad del tribunal, es la originada en los agudos y, en ocasiones, inusitados interrogatorios realizados por jueces de Tribunales de Juicio Oral en lo Penal al abrigo del inciso 4° del artículo 329 del Código Procesal Penal. A menudo, ellos exhiben más oficio y talento escrutador que varios de los efebos y noveles intervinientes que litigan en su presencia"*.

Un tema interesante que se ha planteado en relación a este tópico de las preguntas aclaratorias por parte del Tribunal, es **¿qué pueden hacer los litigantes cuando dichas preguntas, que hagan los jueces, realmente no sean aclaratorias?**

Estimo que los intervinientes tienen el deber de hacerle saber a los jueces que deben cumplir sus funciones con total y estricto apego a la ley, es decir, si un litigante advierte

310 PFEFFER URQUIAGA, Emilio, Ob. Cit. Pág. 495

311 HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián, Ob. Cit. Tomo II págs. 269 y 270

312 ECHEVERRÍA RAMÍREZ, Germán, *"Imparcialidad del Tribunal Oral en lo Penal: tras la conquista de la garantía"*, en

Revista de Derecho, Vol. XXIII N°1-Julio de 2010, pág.269 a 310, extraído del vínculo de internet: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art12.pdf>.

que un juez realiza preguntas a un testigo, perito, imputado o coimputado puede, sin más objetar dicha pregunta del Tribunal.

El fundamento de dicha objeción no lo vamos a encontrar por cierto en el artículo 330 del Código Procesal Penal, que señala cuáles son las preguntas permitidas y prohibidas de los litigantes en un juicio, pues dicha norma está pensada, simplemente para los intervinientes (fiscal, defensor, querellante) y no para el juez, que no es un interviniente, sino que un sujeto procesal.

Dentro de los principios del sistema está la imparcialidad del Tribunal, ya el artículo 1° del Código Procesal Penal señala: "*Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un Tribunal imparcial*".

Luego, al efecto que nos interesa, la imparcialidad del Tribunal radica en este caso, en que el Tribunal no pueda "producir nueva prueba" mediante interrogatorios no aclaratorios, es decir, ingresando nueva información que luego deba valorar, ya sea en beneficio o en detrimento del coimputado. Cuando ello ocurra, estimo que los litigantes pueden y deben objetar las preguntas no aclaratorias de los jueces.

ECHEVERRÍA RAMÍREZ, ³¹³ también lo sostiene así y, al efecto indica respecto de un fallo de un Tribunal Superior "*ese Tribunal Superior reconoce el derecho de las partes a controlar y objetar las preguntas de los jueces, recordando el deber de pasividad que el tribunal debe mantener frente a las posiciones y la prueba de los litigantes, argumentando que frente a una controversia entre partes, el juzgador debe asumir una función de control y arbitraje, apegándose estrictamente al principio de imparcialidad*".

La Corte Suprema ³¹⁴ lo ha entendido de la misma manera y en una sentencia de 4 de noviembre de 2009, la Rol 6165-2009, estableció, respecto de este tema que: "*El principio contradictorio que rige en el nuevo sistema penal, constituye un elemento del derecho a defensa y, asimismo, del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria*", con lo que está admitiendo, por cierto, la posibilidad a los litigantes de objetar las preguntas no aclaratorias que haga el Tribunal, cuando excedan las facultades que se les confiere en el inciso 4° del artículo 329 del Código del ramo.

313 Ídem cita anterior

314 Véase texto parcial de la sentencia en anexo 9 de esta tesis.

1.2.2.1.1.f).- A diferencia de lo que ocurre en el caso de testigos y peritos, el coimputado puede, en cualquier estado del juicio, "solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos" ³¹⁵

Un testigo o perito declaran en una sola oportunidad y no pueden luego, pedir ser citados a declarar en el juicio para complementar sus asertos anteriores. La verdad es que en el caso de los testigos comienzan declarando a las preguntas que les haga el litigante que los presenta y luego, pueden ser contrainterrogados por la parte contraria. Excepcionalmente, el Tribunal puede a solicitud de alguna de las partes autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos que ya hubieren declarado en la audiencia. Esta misma regla se aplica también a los peritos.

Ello se faculta en el inciso 5° del artículo 329 del Código Procesal Penal, y la inteligencia de la norma supone lo siguiente:

a) no es una facultad oficiosa del tribunal, procede siempre a solicitud de parte, es decir, si no hay solicitud, el Tribunal no puede decretarla;

b) la parte contraria al solicitante puede oponerse;

c) con oposición de la contraria o sin ella, el tribunal es soberano para resolver, el legislador emplea la voz "podrá", lo que indica que es facultativo para el Tribunal acceder o no a dicha petición.

d) normalmente y lo aconsejable, para el caso de que se acceda a un nuevo interrogatorio, es que deba otorgarse luego, ese mismo derecho a la parte contraria para que contra examine respecto de esa nueva información.

e) procedería luego de aquel ejercicio, el uso de las preguntas aclaratorias por parte del tribunal si hubiere algo que aclarar.

En cambio, en el caso de los coimputados, ellos pueden pedir ser oídos en cualquier estado del juicio para complementar o bien aclarar sus dichos anteriores. Luego, el ejercicio de esta facultad implica que ellos hayan declarado antes en el juicio y, luego de producida una prueba, deseen aportar datos nuevos o complementar los anteriores o bien aclarar los mismos, según se desprende claramente del inciso final del artículo 326 del Código Procesal Penal.

Ergo, si el coimputado no ha declarado antes, no tiene nada sobre lo que complementar o aclarar, en ese evento, simplemente hace uso del ejercicio del derecho genérico de ser oído, contemplado en el artículo 8° inciso 2° del Código del ramo. ³¹⁶

315 Véase el inciso final del artículo 326 del CPP

1.2.2.1.1.g).- Se le aplican también al coimputado que se allana a declarar, las normas relativas a los métodos de interrogación de testigos y peritos, a que se alude en el artículo 330 del Código Procesal Penal

Si el coimputado se allana a declarar, esto es, si renuncia a su derecho a guardar silencio, se le aplican a sus declaraciones las normas de las objeciones de preguntas que se le aplican a testigos y peritos.

Hay cuatro grupos de preguntas objetables: ³¹⁷

1.- IMPERTINENTES

a) **Irrelevante o inconducente** (no guarda relación en absoluto con los hechos relevantes del juicio)

b) **Improcedente** (no está comprendida en los puntos sobre los cuales debe recaer la declaración del testigo) ³¹⁸

2.- ESPECULATIVAS, DE OPINIÓN, ARGUMENTATIVAS (las que no se refieren a hechos)

a) **Especulativas**; cuando se solicita al testigo que especule sobre hechos que no ocurrieron o que no le constan

b) **De opinión**; cuando se pide al testigo que opine sobre aspectos técnicos o científicos que requieren conocimientos especiales que no posee

c) **Argumentativa**; cuando se requiere al testigo que entregue una conclusión o acepte la que le propone quien le interroga

316 Nota: el inciso 2° del artículo 8 del CPP dispone: "El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código".

317 Nota: opinión de los profesores Julián López Masle y Jorge Boffil G., en curso sobre Reforma Procesal Penal.

318 Nota: véase sobre el particular el inciso penúltimo del artículo 259 del CPP, que señala: "y señalando, además, los puntos sobre los que han de recaer sus declaraciones..."

3.- ENGAÑOSAS O CAPCIOSAS (utilizan el artificio o engaño para inducir a error al testigo)

a) Tendenciosa; la que incorpora una falsa alusión a otras declaraciones o a declaraciones previas, o afirma como indubitada la existencia de un hecho controvertido

b) Coactiva; la que tiene por objeto coaccionar ilegítimamente al testigo

c) Confusa, vaga o ambigua; la que es formulada en términos poco claros, la que resulta difícil de comprender o no precisa suficientemente la información que se requiere y puede, por tanto, conducir a error al declarante

d) Compuesta; la que comprende varios hechos, de modo que puede inducir a confusión al no saberse a cuál de todas se está respondiendo

e) Repetitiva; la que solicita al testigo declarar sobre un hecho respecto del cual ya prestó declaración

4.- SUGESTIVA (la que contiene la afirmación o negación del hecho que se espera como respuesta. En el contrainterrogatorio se acepta, no así en el interrogatorio.

El tema de las objeciones de preguntas está contenido en el artículo 330 del Código Procesal penal y allí se habla de “preguntas engañosas”, “aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito”, “ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos”. Limitándose el inciso final de la norma referida que estas normas se aplicarán al imputado cuando se allanare a prestar declaración.

Según VIAL CAMPOS,³¹⁹ las objeciones son incidencias que tienen por objeto que el Tribunal falle sobre la admisibilidad de una determinada información, evidencia o prueba. Según el mismo autor las objeciones persiguen tres finalidades: i) *alertan a los jueces de potenciales errores y facultan al juez para excluir evidencias o preguntas de los intervinientes para evitar esos errores;* ii) *alertan al abogado que su proceder no es correcto y lo facultan a cambiarlo;* iii) *es una herramienta eficiente para limitar a aquella parte que no respeta los límites del proceso y coartarlo en este actuar incorrecto y, nuestro sistema le agrega otro objetivo, tal es el de la “obligación de preparar un eventual recurso de nulidad”, según previene el artículo 377 del Código Procesal Penal.*

Recapitulando sobre las diferencias anotadas entre la declaración de un testigo y/o perito con las de un coimputado, estimo que las divergencias anteriores que hemos

anotado entre ellas son manifiestas, en consecuencia, en mi opinión no puede hablarse lisa y llanamente de "declaraciones" cuando se trata de coimputados, pues son en mucho diferentes a la de los testigos y peritos, en cuanto a la forma, oportunidad, formalidades, etc., de allí entonces que se está indicando que no puede asimilarse tan fácilmente a los coimputados con los testigos y debiera pensarse derechamente, que cuando un coimputado se sienta en un juicio a prestar declaración, solamente está haciendo uso de un derecho, el de ser oído por el Tribunal que lo está juzgando, en otras palabras, siempre declara como un medio de defensa.

De ser así, al momento de valorar los dichos de los coimputados, el Tribunal no debiera hacer el mismo trabajo que hace al valorar las declaraciones de testigos y peritos, en sí, las "declaraciones presenciales de coimputados en juicio" se parecen a una declaración sin serlo. El parecido sólo está en que el Tribunal, al igual que en el caso de testigo y peritos, escucha de su propia boca lo que ellos señalan, la inmediatez reflejada en esos actos es evidente, sin embargo, hasta ahí no más llega el parecido, pues en el fondo provienen de sujetos que dentro del proceso tienen roles distintos y disímiles.

El testigo o perito siempre será un tercero ajeno en todo al resultado del juicio (salvo el caso del testigo-víctima), sin embargo, el peso de la sentencia no recaerá sobre aquél, en el evento de ser condenatoria, sino que sobre el coimputado, luego a éste sí que le interesa realmente el resultado, máxime si entiende que es inocente.

Luego, el prisma que debe tener el Tribunal al apreciar o valorar las declaraciones de coimputados, versus el trabajo que haga al valorar las declaraciones de testigos o peritos, debe, lógicamente ser distinto.

Sobre este tema volveremos en este capítulo cuando se analice cómo debieran, en mi concepto, valorarse tales declaraciones de coimputados.

Adelantando opinión, desde ya sostengo que la declaración de un coimputado en nada se asemeja a la declaración de un testigo, por las tantas diferencias ya anotadas, en consecuencia, no puede inferirse por ello que sean iguales o deban ser tratadas en un plano de igualdad al momento de su valoraciones. Ciertamente es una declaración vertida en juicio, como la que hace un testigo o perito, pero a diferencia de aquellos, cuando la expresa un acusado es simplemente un medio de defensa y por ende, no podría valorarse por el Tribunal, en los mismos términos en que se valora la declaración de un testigo o perito cualquiera.

DESIMONI,³²⁰ en lo tocante a la valoración de las declaraciones de coimputados ha sostenido lo siguiente *"El sindicado que declara sobre el hecho ajeno, podría haber confesado el hecho propio o haberse disculpado; el testimonio podría, consecuentemente, estar*

320 DESIMONI, Luis María: "Prevención Policial y Prueba en Materia Penal", Editorial Policial, Vol. 305, Catamarca, págs. 79 y 80.

en cargo o en descargo de su cómplice; cada una de estas hipótesis tendrán, en la generalidad de los casos, relevancia en punto a otorgar validez a lo declarado.

a) Si el acusado disculpa a su cómplice, a posteriori de haber confesado su propio delito, su testimonio tendría una relevancia semejante a la de cualquier testigo, ya que no existiría ninguna razón derivada de su condición de acusado que lo conduzca a mentir a favor de su cómplice.

Sería el caso del acusado que ha confesado plenamente, no pudiendo resultarle en modo alguno útil la desincriminación o aminoración de la culpabilidad del cómplice.

b) A contrario sensu, si el acusado cree que atribuyéndole ciertos hechos al cómplice disminuye su propia responsabilidad, trae como corolario lógico que su testimonio, en el sentido que hemos referido, resulta sospechoso de haber sido rendido, no en pro de la verdad, sino en beneficio propio.

De lo expresado, podemos deducir las siguientes hipótesis de confesión y disculpa:

Primera hipótesis: [Acusado que confiesa hecho propio y ajeno] = [Validez probatoria].

Segunda hipótesis: [Acusado que confiesa hecho propio y disculpa hecho ajeno] = [Validez probatoria].

Tercera hipótesis: [Acusado que se disculpa y confiesa hecho ajeno] = [Ausencia de validez probatoria].

Cuarta hipótesis: [Acusado que disculpa hecho propio y ajeno] = [Validez probatoria relativa].

No es muy difícil comprender que el sindicado, que confiesa su propia participación accesoria en el injusto atribuyéndole la parte principal de la faena criminal a su cómplice, debe resultar sospechoso, ya que tiene suficientes razones para producirse con falsedad.

Lo mismo ocurre en el caso de quien, encontrándose imputado de un delito del cual es considerado el único autor, aparece atribuyéndole parte de responsabilidad a un pretendido cómplice (que no figura en la causa) procurando aminorar la suya”.

1.2.3.- Dos) Como declaraciones de testigos de "oídas"

Esto es, que depongan en el juicio oral sobre lo que hayan escuchado de las declaraciones extrajudiciales de los coimputados, entiéndase policías, fiscales y terceros vinculados o no al proceso, al amparo de los artículos 309 y 319 del Código Procesal Penal;

Esta es tal vez una de las maneras más frecuentes en que pueda llegar al juicio la declaración que un coimputado hizo en fase de investigación, sin embargo, y como veremos al analizar el tema de su valoración, es la que puede merecer más reparos, puntualmente, porque estimo que no se toman las salvaguardas previstas en la ley para poder valorarlas adecuadamente.

Desde ya adelanto que una norma que me parece clave en este tema es el artículo 295 del Código Procesal Penal, que dispone: *"Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley"*.

1.2.3.1.- La lectura del artículo 295 del Código Procesal Penal

Se establece libertad en la elección de la fuente probatoria, que se convertirá en un medio de prueba en el juicio, al señalarse que todos los hechos y circunstancias pertinentes para resolver, **podrán ser probados "por cualquier medio"**.

Sobre el particular **PFEFFER URQUIAGA** señala que en la historia legislativa del precepto, quedó la siguiente constancia: *"El sistema de pruebas propuesto es el de completa libertad probatoria, lo que significa que, en principio, todo hecho puede ser probado por cualquier medio. No existen medios restringidos ni excluidos, como tampoco existe la vinculación de la necesidad de probar ciertos hechos con ciertos medios"*.³²¹

CARocca PÉREZ señala sobre esto lo siguiente: *"En el Código Procesal Penal se admite la presentación de cualquier clase o fuentes de prueba, es decir, de personas o elementos capaces de producir o reproducir afirmaciones ante los jueces destinadas a producir su convencimiento"*.³²²

Sin embargo, este medio, que sabemos que en la fase investigativa no es más que la fuente de prueba, tal como señala, **CARocca PÉREZ** debe haber sido *"producido"* en conformidad a la ley.

321 PFEFFER URQUIAGA, Emilio; Ob. cit, pág. 452

322 CARocca PÉREZ, Álex: "Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal", Ob. cit. pág. 233.

En mi opinión, **producido en conformidad a la ley**, es lo mismo que hablar de obtención lícita de la fuente de prueba, en otras palabras que la obtención de la fuente de prueba haya estado exenta de anomalías, ya sea de falta de permisos especiales, como por ejemplo, en el caso de las medidas intrusivas, en que la ley las requiere, o en fin, exentas de todo otro vicio.

Así, por ejemplo, tratándose del tema que nos ocupa, esto es de la declaración de un coimputado prestada en la fase de investigación, aquella declaración debe ser tomada por la persona habilitada (fiscal o policía, por ejemplo) y en los casos previstos en la ley, para que luego se pueda reproducir válidamente como prueba testimonial por parte del testigo de oídas en el juicio y, además, respetándose todos los derechos del coimputado, entre otros, el de la advertencia previa de guardar silencio, o de la presencia de un defensor, si se trata de menores adolescentes.

Por último, no basta que el medio probatorio que llega al juicio se haya producido conforme a la ley, sino que, además, debe ser *"incorporado"* al juicio de la manera que el legislador también ha previsto, es decir, la fuente de prueba obtenida en la fase de investigación, debe ser ofrecida formalmente en la fase intermedia, para que se pueda hacer su examen de admisibilidad y luego, debe ser introducida o incorporada al juicio como medio de prueba, en la forma en que previene la ley para cada caso. ³²³

CAROCCA PÉREZ señala sobre el particular lo siguiente: *"En el Código Procesal Penal se admite la presentación de cualquier clase o fuentes de prueba, es decir, de personas o elementos capaces de producir o reproducir afirmaciones ante los jueces destinadas a producir su convencimiento"*. ³²⁴

1.2.4.- Tres) Como lectura de las declaraciones anteriores de los coimputados

Prestadas en fase de investigación o intermedia, según contemplan sólo tres de las hipótesis del artículo 331 del Código del Código citado.

323 Nota: MENESES PACHECO, Claudio; *"Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil"* en la Revista *Ius et Praxis* Año 14, Vol. 2, pág. 49, trata el tema de la diferenciación entre la fuente y el medio de prueba, manifestando: "un sector importante del procesalismo contemporáneo ha distinguido entre "fuentes de prueba" y "medios de prueba", para analizar en forma completa esta cara de la prueba judicial. Grosso modo, se postula la necesidad de seccionar esta dimensión en dos rubros, ubicando uno en un plano extrajudicial (fuentes) y otro en el terreno del proceso (medios), extraída del vínculo de internet <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art03.pdf>.

324 CAROCCA PÉREZ, Álex, Ob. cit. pág. 234

El literal a) de la norma en cuestión se refiere a las declaraciones de prueba anticipada prestadas por testigos y peritos, por lo que no cabe su aplicación para los coimputados.

En efecto, de la lectura del artículo 331 del Código Procesal Penal, se advierte la posibilidad cierta de insertar al juicio oral las declaraciones de los coimputados, al disponerse: "Artículo 331. *Reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral.* Podrá darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de..... imputados, en los siguientes casos:

La letra b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;

El literal c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, y

La letra d) Cuando se tratase de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía.

1.2.4.1.- Análisis de cada posibilidad

Del enunciado normativo indicado aparece, en primer lugar, que podrá darse lectura en juicio de los registros en que constaren "declaraciones" de coimputados. Luego se está refiriendo a prueba documental, ya reglamentada especialmente en su forma de incorporación en el artículo 333 del Código Procesal Penal, cuando se indica: "*Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen*".

Si miramos el literal b) pareciera que las declaraciones de coimputados que constaren en registro siempre pudieran incorporarse al juicio cuando las partes así lo acordaren y contaren, además con la aquiescencia del Tribunal.

Estimo que esta autorización del Tribunal siempre debería estar ligada con el enunciado normativo del artículo 334 del mismo Código que indica en su inciso 1º "*Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público*".

Ni aun en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieren cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales".

1.2.4.1.1.- Mi lectura o explicación de la norma indicada es la siguiente

A priori no podría el Tribunal prohibir la lectura de la declaración de un coimputado que constare en un documento que formare parte de una declaración extrajudicial prestada por aquél ante la policía o un fiscal del Ministerio Público, aunque se tratase de aquella obtenida en una actuación o diligencia declarada nula por un Juez de Garantía o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.

Si lo hace el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, estaría excluyendo prueba de alguna manera, en consecuencia, como le está vedado excluir la prueba ofrecida en el auto de apertura del juicio, debe permitir su rendición si es que viene así ofrecida y lo único que podría hacer finalmente, es valorarla negativamente de conformidad a lo dispuesto en el artículo 334 del Código Procesal Penal.

Por otra parte, la letra c) de la norma indicada, establece la posibilidad de incorporar al juicio por su lectura, la declaración de un coimputado, sin distinguirse si ella es extrajudicial o judicial, cuando aquél no pueda comparecer a declarar en juicio por alguna razón que sea imputable al "acusado", que es su coimputado.

Estimo que para que el Tribunal aceptare tal declaración que se ofrezca, habrá que acreditarle primero que la no presencia del coimputado en juicio respecto del cual se desea incorporar su declaración no está allí, precisamente por una razón que sea imputable precisamente al imputado del juicio, lo que normalmente será de difícil prueba.

Por último, en la letra d) se contempla la posibilidad de incorporar también la lectura de la declaración judicial prestada ante un juez de garantía, de un coimputado respecto del cual se haya decretado su rebeldía, en el juicio de otro coimputado.

Esta situación puede ser más frecuente, dado que es bastante común que en el caso de un juicio contra dos o más coimputados, uno de ellos pueda estar declarado rebelde de conformidad a lo prevenido en el artículo 99 del Código Procesal Penal; eso sí, éste coimputado rebelde debe haber prestado una declaración judicial ante el juez de garantía, es decir, ya no sirve la declaración extrajudicial del coimputado rebelde, prestada ante el fiscal o la policía.

Estimo que solo estas tres posibilidades son las regladas en nuestro Código Procesal Penal para incorporar al juicio, mediante su lectura, las declaraciones que preste un coimputado respecto de otro.

Sin embargo, en la práctica se han pretendido otras posibilidades.

1.2.5.- Cuatro) la incorporación de determinados antecedentes documentarios donde conste también la declaración de un coimputado

Entiéndase sentencias condenatorias dictadas en procedimientos abreviados en contra de coimputados, fundamentalmente con un doble sentido, o constituir la agravante de pluralidad de malhechores en algunos delitos contra la propiedad o bien, como un elemento más que sirva a la convicción del Tribunal para la condena del coimputado.

Sobre este tema también hay opinión de la Corte Suprema,³²⁵ en sentencia Rol 3030-10, donde resolvió lo siguiente: *"OCTAVO: Que, resuelto lo anterior y en lo que atañe al primero de los tópicos planteados, vale decir, la incorporación como prueba nueva de la sentencia firme y ejecutoriada pronunciada en procedimiento abreviado, de veinticinco de septiembre de dos mil nueve, en que fueron condenados otros partícipes del delito de autos, es menester recordar que en el proceso penal, el sentenciador debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio, vinculado ello al derecho de la defensa de aportar sus pruebas y, en especial, a controlar la de cargo del adversario, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus colofones. Sin embargo, esas prerrogativas se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del inculcado frente a las del acusador, máxime que también integra la garantía de la defensa y que se denomina "Igualdad de posiciones" (Julio Maier, Derecho Procesal Penal, tomo I. Fundamentos, págs. 577 y ss.). La doctrina nacional y extranjera concuerdan en que el catálogo de garantías mínimas para que exista "un proceso racional y justo" comprende las que siempre exista un procedimiento que ostente la existencia de un contradictor y que los litigantes en el juicio tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones (Diego Hauva Gröne, "El debido proceso en la reforma procesal penal: cumplimiento de algunos tratados internacionales de derechos humanos relativos al debido proceso en los principios básicos del nuevo código", Revista Procesal Penal Nro. 5, págs. 13 y ss.). NOVENO: Que, si se recurre a la historia del establecimiento del artículo 335 del Código Procesal Penal, las conclusiones generadas en el seno de la Comisión del Senado ofrecen un claro raciocinio acerca de la intención del legislador en relación al punto discutido. Es así como en la Sesión 5ª de dicha Comisión se expuso lo siguiente: "El Senado estimó razonable que no se puedan invocar los antecedentes de la negociación que haya habido entre fiscal y acusado, pero estimó necesario suprimir la referencia al fallo, porque impediría por parte del acusado alegar la cosa juzgada y, por otro lado, acreditar la reiteración de conductas. En razón de ello eliminó la expresión fallo*

³²⁵ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 12 de julio de 2010, en autos Rol 3003-10, Fuente: correo institucional enviado por Daniela Romero Fariña-Periodista Dirección de Comunicaciones Poder Judicial en correo de fecha 12-07-2010. FALLO CORTE SUPREMA CASO PGE, que se puede encontrar en vínculo internet visitado el día 15 de julio de 2010 http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAkAABUqRAAM&consulta=100&glosa=&causa=3003/2010&numcua=24272&secre=UNICA Texto completo de la sentencia, en anexo 5 de esta tesis.

que seguía al término tramitación” (Senado, Diario de Sesiones del Senado, año 2000, página 667). DÉCIMO: Que el sentido del artículo 335 del Código Procesal Penal es impedir que el tribunal que debe conocer y juzgar los acontecimientos materia de la indagación tome conocimiento de las tratativas tendientes a obtener una solución anticipada respecto de una imputación a determinado hechor. Según se lee de su propio texto, no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la tramitación de un procedimiento abreviado. Tal disposición no puede sino referirse a la persona del imputado, y ello es así, pues esa vía supone para el sujeto pasivo la aceptación expresa de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, renunciando a su derecho a un juicio oral, público y contradictorio. UNDÉCIMO: Que según se desprende de la prueba rendida, la decisión del tribunal oral acerca de la incidencia promovida a fin de incorporar como prueba nueva la sentencia de juicio abreviado, de veinticinco de septiembre de dos mil nueve, pronunciada con posterioridad a la formulación de la acusación por parte del Ministerio Público, fue desestimada por el tribunal en virtud de lo dispuesto en el mentado artículo 335, pues en su concepto la proposición, la indicación de los medios de prueba que se pretenden valorar y que culmina con el dictamen, constituyen la tramitación de un procedimiento abreviado expresamente prohibido incorporar, ya que vulneraría el principio de la inmediación de la prueba, al añadirse una serie de antecedentes que el tribunal oral desconoce, a diferencia del juez de garantía correspondiente, de todo lo cual debió dejar constancia en su veredicto. DUODÉCIMO: Que la decisión del tribunal, en tanto se sustentó en la imposibilidad de aportar al juicio los antecedentes relativos a la tramitación de un procedimiento abreviado, lo que es ajustado a derecho, no se condice con el mérito del pleito, dado que, en la especie, el ofrecimiento de prueba nueva quedó acotado únicamente al texto de la sentencia, prueba documental de cargo que no se encuentra excluida por el artículo 335 tantas veces citado, por lo que, como lo sostuvieron los recurrentes, no existe fundamento legal que reprima la posibilidad de incorporar como prueba de cargo, la copia del laudo emitido en procedimiento abreviado contra otros imputados”.

En mi opinión, el tema no radica aquí en la posibilidad de parte del tribunal Oral de excluir la agregación de esa prueba nueva ofrecida (la sentencia dictada en un procedimiento abreviado en contra de otros partícipes ya condenados), sino que en el mérito que pueda tener esa sentencia al minuto de decidir en el juicio del coimputado, que es llevado al juicio oral.

Explicando lo anterior, sostengo que lo que se acompaña en el fondo es un documento – sentencia – que debe incorporarse al juicio, por medio de su lectura, completa o resumida, según previene el artículo 333 del Código Procesal Penal. Lo interesante de lo anterior, es el contenido de tal documento (que no es más que una sentencia definitiva, dictada en un procedimiento abreviado, en contra de otro coimputado, por los mismos hechos).

El inciso 2° del artículo 406 del Código Procesal Penal dispone que uno de los requisitos para la procedencia de un procedimiento abreviado, consiste en que el acusado, pese a que la ley emplea erróneamente la voz "imputado", *"en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento"*.

Luego, el acusado que es coimputado de otro y que acepta ir a un procedimiento abreviado, está reconociendo su participación en los mismos hechos por los que se está juzgando en sede de juicio oral al otro imputado. Hasta allí no hay problemas, sin embargo, si los hechos de la acusación estuvieran redactados de manera tal, que allí, se comprendiera no solamente una participación culpable del encartado sometido a abreviado, sino que, además, la concurrencia de otro sujeto como autor (el coimputado del juicio oral), en esa parte de su declaración o manifestación de voluntad relativa a *"en conocimiento de los hechos materia de la acusación.....los acepte expresamente"*, estimo que estaría constituyéndose aquella declaración, en un elemento de cargo en contra del coimputado del juicio oral. Como el acusado (coimputado) del procedimiento abreviado ya fue condenado, el Tribunal Oral podría tener presente tal antecedente (de cargo) como otro elemento de convicción para condenar a su enjuiciado.

Recuérdese que la letra c) del artículo 413 del Código Procesal penal, establece como requisito de la sentencia dictada en un procedimiento abreviado, lo siguiente: *"La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dieron por probados sobre la base de la aceptación que el acusado hubiere manifestado respecto a los antecedentes de la investigación, así como el mérito de éstos, valorados en la forma prevista en el artículo 297"*.

Entonces esa aceptación de responsabilidad por hechos propios (respecto de lo que nadie discute) y de hechos ajenos (los relativos al coimputado del juicio oral) pudieran ser perjudiciales en definitiva.

¿Qué valor debiera tener para los jueces del tribunal colegiado?

Estimo que como elemento de convicción de otro elemento de cargo, ninguno.

Las razones que tengo para ello son las siguientes:

a) la defensa no tendría elementos probatorios como para desvirtuar la "imputación" que el coacusado le haga en "el papel" – documento (sentencia) a su defendido,

pues no lo tendría sentado en el estrado como para interrogarlo sobre aquella, faltando entonces la contradicción;

b) cuando el legislador quiso que se incorporara como antecedente de cargo para un coimputado una declaración inculpatoria que le hizo otro coimputado, lo señaló expresamente en el literal d) del artículo 331 del Código Procesal Penal, imponiendo dos requisitos: 1) que se trate de declaraciones realizadas por un coimputado, prestada ante el juez de garantía (con todas las formalidades del artículo 326 del Código Procesal Penal, esto es inmediación y contradicción) y 2) que se trate de un coimputado rebelde. Pues bien, en el caso de esa “especie declaración” que contiene la sentencia dictada en contra del coimputado que se acogió al procedimiento abreviado, no se cumplen los requisitos anteriores. Pues, técnicamente esa aceptación de hechos no propios, sino ajenos (relativos al coimputado del juicio oral) no constituyen propiamente una declaración bajo los términos que regula el artículo 326 del Código Procesal Penal, si bien se presta ante un Juez de Garantía y por otro lado, no está rebelde;

c) la duda de que el encartado que se somete a un procedimiento abreviado – siempre a solicitud del fiscal – tiene como premio para él, la aplicación de una pena que como máximo podría llegar a presidio o reclusión menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años).

En suma, estimo que hay una desnaturalización del medio de prueba documento, cuando se desee incorporar por el fiscal, esa “especie de declaración” donde un coimputado, aceptando los hechos de la acusación, esté implícitamente también aceptando que su copartícipe es un sujeto determinado, que luego es sentado como acusado en un juicio oral por los mismos hechos.

1.2.6.- Cinco) la declaración de un coimputado en calidad de testigo en el juicio de su coimputado

La cuarta y quinta posibilidades no regladas de manera alguna en el Código del ramo, merecen algunas observaciones.

Como primera observación pudiera pensarse que si el legislador reglamentó en los literales b), c) y d) del artículo 331 las diferentes posibilidades de incorporación de las declaraciones previas de coimputados, no existiría en consecuencia otra manera que no sea alguna de las allí contempladas, como para incorporarlas a juicio.

Sin embargo, tal opinión pudiera estar, a priori, en contra de la libertad probatoria.

En efecto, si mirásemos bajo el prisma de que la declaración de un coimputado, también constituye prueba, no habría reparos bajo la luz de la norma del artículo 295 del Código Procesal Penal que dispone, en lo pertinente, *"Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio"*.

En cambio, si pensásemos que la declaración de un coimputado, no es propiamente un medio de prueba, sino que un mecanismo de defensa, el resultado podría variar.

Para explicar lo anterior, hay que tener presente, en primer lugar, todas las diferencias que anotamos entre la declaración de un testigo y la de un imputado. Sin embargo, hay dos temas relacionados con esto, que no se pueden soslayar.

Uno: el coimputado puede ejercer su derecho a guardar silencio durante todo el procedimiento y así, igual y todo podría obtenerse a su respecto una sentencia condenatoria. De ello podríamos concluir por lógica que si se puede prescindir de ella y así y todo dictar sentencia de condena, no se aprecia, entonces como un medio de prueba necesario o ineludible.

Dos: incluso cuando el coimputado deponga en juicio y, exista sólo el mérito de su declaración autoinculpatoria, no podría condenársele sin otro medio de prueba externo que la corroborase, como se desprende del artículo 340 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, la posición de la jurisprudencia parece entender, entre nosotros la factibilidad de que pueda aceptarse la declaración de un coimputado en calidad de testigo, en el juicio del coimputado, como ya se ha señalado, al efecto véase la jurisprudencia rol 3003-10 de la Corte Suprema, contenida en el anexo 5 de esta tesis, en especial el basamento decimoquinto de la misma.

1.3.- ¿Cómo debieran valorarse entonces las declaraciones de los coimputados que lleguen por las distintas vías señaladas al juicio oral?

Para aterrizar en este punto de la tesis, estimo que es fundamental, recordar hasta ahora, lo que llevamos anotado como ideas principales.

Vamos a suponer para tratar este punto, que ya se ha salvado la valla o barrera de la exclusión probatoria del juez de garantía y, ante un juicio oral cualquiera, se presentan las siguientes posibilidades, en relación con las declaraciones de coimputados.

Una primera y general clasificación que podemos hacer en este punto es dividir de inmediato la declaración de un coimputado, en dos grandes grupos.

De un lado, armar un grupo y dejar inmersos allí, todas las declaraciones presenciales de los coimputados que lleguen a los jueces orales.

Adelantábamos en cuanto a estas, que podían ser prestadas por los coimputados en el mismo juicio o en otro diverso y ahora agregamos, que sí son prestadas en el mismo juicio serán siempre voluntarias y, se podrán dar en dos oportunidades, las previstas en el artículo 326, en relación al artículo 98 del Código Procesal Penal y las otorgadas al amparo de la norma del inciso final de artículo 338 del citado Código. Están en este gran grupo también, las prestadas en un juicio distinto que podrán ser o no voluntarias.

Será voluntaria cuando la preste un coimputado en un juicio distinto, por rebeldía de su coimputado y, no será voluntaria y se dará en un juicio distinto, cuando sea presentado como testigo de cargo por el fiscal o querellante, o bien, como testigo de descargo por la defensa.

El segundo grupo lo constituirán las declaraciones no presenciales de coimputados, las que a su vez, pueden subdividirse en los siguientes sub grupos.

Las que lleguen a juicio por la vía de testigos de oídas, es decir personas que hayan escuchado su relato, que podrán ser agentes de policías y, en este caso, habría que distinguir nuevamente si este relato el coimputado lo efectúa de manera natural o espontánea, o de manera voluntaria, donde habría que sub distinguir, además, si el relato del coimputado lo recibe el policía de forma autónoma o previa delegación del fiscal y, en el caso de los policías, por último está la declaración provocada por los agentes, esto es, la obtenida por medios reprobables y no es voluntaria de quien la presta, pues existió alguna coacción para que así fuera.

Hay que tener presente la norma especial de protección que aplica a los menores adolescentes el artículo 31 de la Ley N° 20.084, en la parte en que dispone: *“El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad”*.

Además, la persona que recibe la declaración de un coimputado puede ser un fiscal o un abogado asistente de fiscal y en ese caso, habría que subdistinguir, si quien cita al fiscal o abogado asistente de fiscal como testigo al juicio, es la propia fiscalía, la parte querellante o la defensa.

Puede ocurrir también, que sea testigo de oídas de la declaración del coimputado el defensor.

Lo anterior tiene radical importancia, pues la realidad indica que la defensa ha citado como testigos a fiscales en determinados juicios orales y allí se ha dado la discusión de la posible inadmisión de aquellos como testigos, sin embargo, hasta ahora, se ha permitido que declaren en juicios orales en calidad de testigos sobre las declaraciones de imputados (lo que abre la puerta para el evento de que se trate de coimputados).

Por último, un tercero puede escuchar el relato del coimputado y, en este evento, vuelvo a subdistinguir si este tercero tiene o no vinculación con el proceso.

En general, será un tercero no vinculado al proceso, aquél a quien no afecte directamente sus resultados, este sería un testigo cualquiera, donde hoy cabe la víctima, pues ya no existen las inhabilidades.

En cambio, habrá terceros que tendrán alguna de las relaciones señaladas en el artículo 302 del Código Procesal Penal, en relación al coimputado, a ellos les asisten algunos derechos. Después hay terceros que tienen vinculación al proceso en relación con su profesión o actividad, aquí caben algunos profesionales, ya sean testigos o peritos, que declararán en juicio sobre lo que les dijo el coimputado en el propio quehacer profesional en el que se desempeñan.

Finalmente, en lo que toca a terceros como testigos de oídas, cabe traer a colación las declaraciones que los coimputados presten fuera del proceso penal de que se trate, por ejemplo, las que presten ante una autoridad administrativa sancionadora (sumarios administrativos), tributaria y de otra índole. Sobre el particular, **MATURANA y MONTERO** ³²⁶ señalan que *"se ha sostenido que no puede ser incorporada al proceso mediante la declaración de testigos y deben ser éstos excluidos como medio de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral, porque la confesión debe ser considerada en un sistema acusatorio como medio de defensa que sólo puede ser utilizado cuando el imputado haya renunciado voluntariamente a su derecho a guardar silencio, y porque en un proceso administrativo o tributario se toma*

326 MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, "Derecho Procesal Penal", Tomo II, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 1ª edición, julio de 2010, pág. 984.

declaración al sujeto sin reconocerle sus derechos a no declarar, a no ser juramentado y a que su silencio no será usado como prueba de culpabilidad”.

Coincidimos plenamente con los autores citados, por cuanto la declaración que un sujeto preste en un proceso de tipo administrativo, ya sea un sumario de igual naturaleza ante un superior jerárquico o bien, uno de índole tributaria, es lógicamente prestado fuera de un proceso penal y a futuro, no debieran llevarse tales declaraciones al juicio, ni las del propio declarante como imputado ni la de sus coimputados.

Por último, de manera no presencial puede llegar la declaración de un coimputado al juicio, cuando ella esté contenida en algún documento que las partes deseen incorporar por medio de su lectura al juicio.

Sabemos que el coimputado puede prestar una declaración formal, como medio de defensa, ante el juez de garantía, tanto en la fase de investigación, como en la fase intermedia, normalmente ellas podrán llegar al juicio por la vía del artículo 331 letra d) del Código Procesal Penal.

Pero, asimismo, hay “especies de declaraciones” o “declaraciones no formales” que dan los coimputados ante el juez de garantía.

En la fase de investigación, puntualmente cuando acuerdan una suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio y, en la fase de preparación del juicio oral, cuando llegan a un procedimiento abreviado o celebran una convención probatoria en la audiencia de preparación del juicio futuro.

Y, por último, está la declaración del coimputado que no comparece al juicio, pero que no lo hace por alguna razón que es imputable al acusado, como previene el literal c) del artículo 331 del citado Código.

Cabe agregar a lo anterior, las declaraciones consignadas por escrito respecto de declarantes, en procesos administrativos o tributarios que contengan los dichos de sujetos que luego, en un proceso penal aparecen como imputados o coimputados. Rige para ellos, en mi opinión la misma prohibición de incorporación, atento a que sus declaraciones fueron obtenidas, en primer lugar fuera del respectivo proceso penal y, además, sin contar con todos los derechos que le asisten en el mismo, verbigracia, no hay opción de no declarar y, en consecuencia, no existe como derecho el de guardar silencio ni el de autoincriminarse, no hay derecho a una defensa real y efectiva al momento de declarar, entre otros derechos que le asisten a los imputados y coimputados en el proceso penal.

Por todo lo anterior y, a efectos de llegar a buen término en lo referente a la valoración que los jueces deban hacer de tales declaraciones, estimo primordial, determinar,

primeramente cuál será la naturaleza jurídica que pueda dársele a la declaración de los coimputados en cada uno de los casos mencionados.

Todas las situaciones mencionadas, en cuanto a oportunidades de declaraciones de coimputados, aparecen bosquejadas en el siguiente gráfico 2 de esta tesis.

Este gráfico en primer lugar hace un gran distingo en cuanto a las declaraciones de los coimputados, las presenciales y las no presenciales.

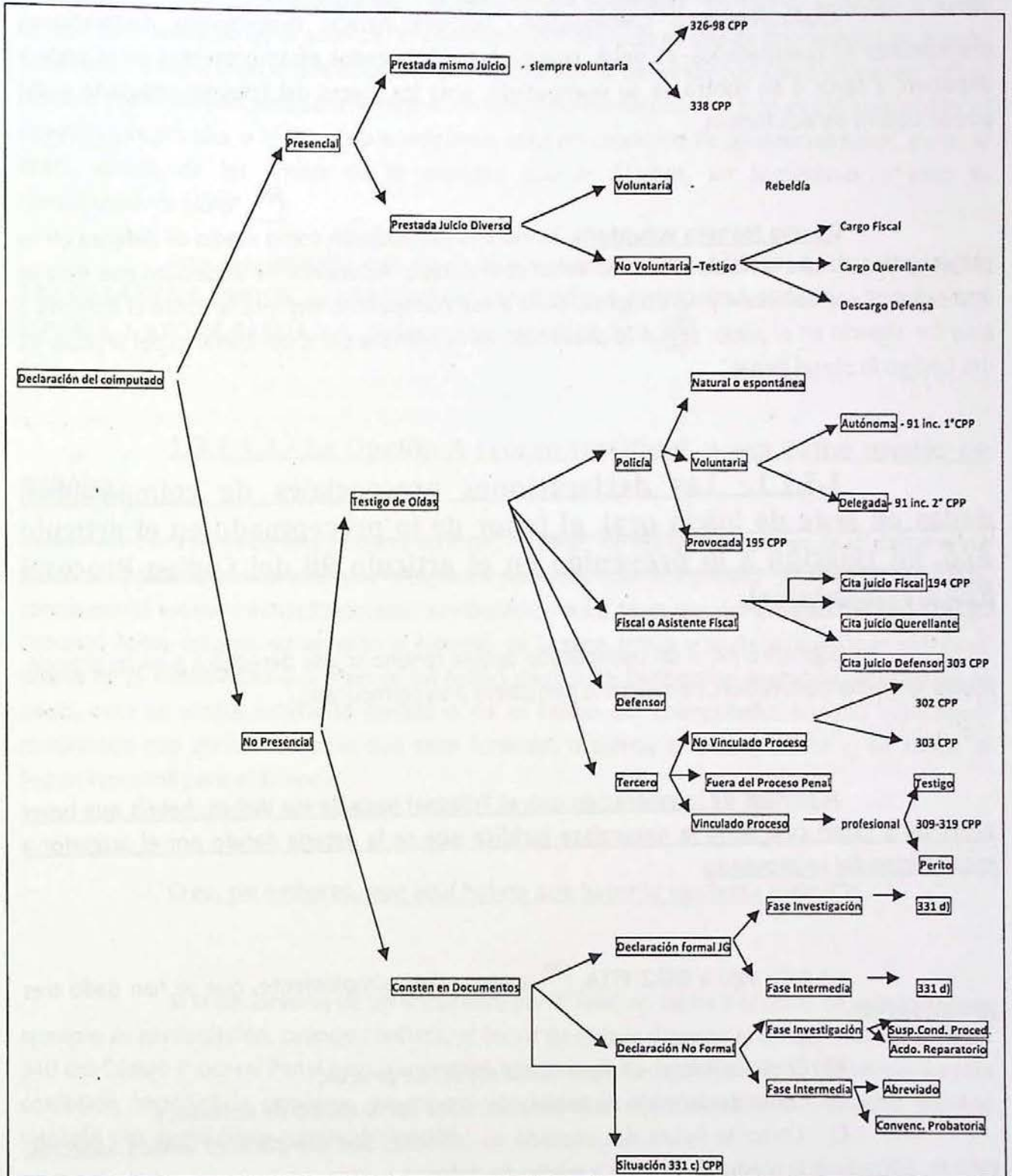
Luego, cada uno de estos subgrupos tiene ítems distintos, así, en cuanto a la declaración presencial del coencartado se subdivide en sí la presta dentro del juicio o bien en un juicio diverso.

En lo que toca a la declaración no presencial del coenjuiciado esta se subdivide dependiendo de la manera en que ella sea aportada al juicio oral, es decir, si es llevada por un testigo de oídas, si está contenida en un documento, o bien, si se trata de alguna de las hipótesis del artículo 331 del Código Procesal Penal.

Como se verá en las explicaciones subsiguientes, no todas las formas están reglamentadas en nuestra legislación procesal penal.

La importancia de todas las clasificaciones anteriores amen de lo anterior, estriba en determinar cuál será, en mi opinión la distinta valoración que debiera darse a cada una de tales declaraciones de coimputados, en el evento de que ellas lleguen al juicio oral, dando en este capítulo, por descontado, que ya han sobrepasado la valla de la exclusión probatoria de la fase intermedia del juicio oral.

1.3.a) Gráfico (2):



1.3.1.- Las declaraciones Presenciales de los Coimputados

Analizaremos a continuación, las que hemos denominado declaraciones presenciales de coimputados, es decir, cuando los coimputados están presentes en el juicio y deponen, a favor o en contra de su coimputado, ante los jueces del Tribunal colegiado y ello puede ocurrir de dos formas.

De una manera voluntaria, como cuando declaran como medio de defensa en su propio juicio, ya sea en beneficio o no de su coimputado. Aclaramos de inmediato que esta es una manera –voluntaria – y no obligada, pues a ese coimputado siempre le asiste el derecho a guardar silencio en el juicio, según lo prevenido en la primera parte del literal g) del artículo 93 del Código Procesal Penal.

1.3.1.1.- Las declaraciones presenciales de coimputados, dadas en sede de juicio oral, al tenor de lo preceptuado en el artículo 326, en relación a lo prevenido en el artículo 98 del Código Procesal Penal (voluntaria)

Lógicamente, si un coimputado decide renunciar a su derecho a guardar silencio, puede en dicha declaración, beneficiar o perjudicar a su coimputado.

A efectos de la valoración que el Tribunal haga de sus dichos, habría que tener presente a priori cuál sería la naturaleza jurídica que se le estaría dando por el juzgador a esos relatos del coimputado:

En esto sigo a DÍAZ PITA, ³²⁷ quien refiere simplemente, que se han dado tres posibilidades:

- A) Como testifical, es decir como medio de prueba;
- B) Como declaración de imputado, o sea como medio de defensa; y
- C) Como la figura del acusado es bifronte, son compatibles ambos aspectos, esto es, considerarla medio de prueba y medio de defensa.

³²⁷ Nota: DÍAZ PITA, María Paula, en Ob. Cit. Págs. 350 a 405, refiere las tres clasificaciones anteriores tratando el tema de la naturaleza jurídica de las declaraciones inculpatorias de los coimputados.

La posición más antigua sin duda ha sido la primera, en Italia **FRAMARINO DEI MALATESTA**, habla directamente del *"testimonio del sindicado"* en forma genérica y luego agrega, de manera aun más patente *"el testimonio del acusado es una de las especies de prueba testimonial"*; explicando el autor, señala que *"las palabras del sindicado también tienen influjo sobre la conciencia del juez para la formación del convencimiento. Y si esto es así, su palabra es también una prueba, y si lo es, no puede serlo sino en condición de prueba personal, y por lo tanto, dentro de los límites de la oralidad que le fijamos, un testimonio; y esto es completamente claro"*.³²⁸

Esta es la posición que siguen entre otros **JIMENEZ ASENJO, E.; TOMÉ GARCÍA, J.A.; DE LA OLIVA SANTOS, A; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J. y TOMÉ GARCÍA, J.A.**, todos citados por **DÍAZ PITA**.³²⁹

1.3.1.1.1.- La Opción A (como testifical, o sea como medio de prueba)

Si se es de ésta primera opinión, es decir, de los que estiman que la declaración de un coimputado puede valorarse en iguales términos que una prueba testimonial, en Chile, simplemente ese juez deberá sujetarse su valoración a los términos del artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es, de acuerdo al sistema de la sana crítica y se deberá indagar entonces acerca de la credibilidad que merece tal relato dentro de la restante probanza recibida en el juicio, esto es, podrá estimarse creíble o no el relato del coimputado, cuando esté aquél confirmado con otras probanzas que sean foráneas o ajenas al mismo relato y, en suma, la hagan verosímil para el Tribunal.

Creo, sin embargo, que aquí habría que hacer la siguiente precisión.

Si la declaración de un imputado, por sí sola, no basta a efectos de acreditar, por ejemplo su participación, cuando confiesa, al tenor de lo que dispone el inciso final del artículo 340 del Código Procesal Penal y no hay prueba ajena a esa declaración que lo incrimine, su sola confesión impedirá la condena, en mi opinión, aunque esté acreditado el hecho punible también con ayuda de su autoincriminación.

328 FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, Ob.cit. págs. 155 a 156
329 DÍAZ PITA, María Paula, en Ob. Cit. pág. 405

Si, ahora un coimputado es quien imputa a otro la comisión de un hecho punible, y ha confesado el otro coimputado su propia participación, nos preguntamos si ese elemento – de la declaración inculpatoria del coimputado – puede mirarse como ese otro elemento foráneo- que salvaría la barrera del artículo 340 del Código Procesal Penal.

Si ocupamos el razonamiento de la norma referida, no tendría validez, en principio la confesión del imputado, cuando no existieren otros medios de prueba foráneos o ajenos que la corroboraren. Luego, será, en este aspecto de principal importancia, ver cuál es la posición a la que adscribe ese juez, en relación a la naturaleza jurídica de la declaración del coimputado. Pues, si ese juez, es partícipe de la primera opción, esto es, la considera simplemente un medio de prueba, con ello estaría teniendo otro elemento distinto, ya no sería “el sólo mérito su propia declaración” para condenar.

Ahora, la cosa se complica, cuando un coimputado no confiesa su participación, esto es, la niega y, así y todo, el coimputado lo inculpa al declarar. ¿Bastará entonces esta declaración del coimputado, como elemento foráneo para condenarlo?

Si pensamos que cuando el propio coimputado confiesa y no hay otros elementos, salvo el “mérito” de su propia confesión para acreditar su participación y ello no basta para condenarlo, nos preguntamos entonces, si bastaría en este caso, la inculpación del otro coimputado, en caso de no existir elementos ajenos que la confirmen, pues podría suceder lo siguiente. Un coimputado guarda silencio o niega derechamente su participación y el otro, a su vez confiesa y también inculpa al otro coimputado. Respecto de él mismo (que confiesa) si no hay otros elementos probatorios ajenos que confirmen su versión, habría que absolver, de conformidad a lo previsto en el artículo 340 del Código del ramo, sin embargo, de seguirse esta tesis de elemento probatorio válido, respecto del otro imputado, a lo mejor sería suficiente para condenar a aquél coimputado que guardó silencio o derechamente negó los cargos, la inculpación que le hace quien confiesa, que, paradójicamente, para aquél sería por sí sola insuficiente.

1.3.1.1.2.- La Opción B (como medio de defensa)

Luego si se es de aquellos que piensan que la declaración de un coimputado no es nunca una declaración, sino que simplemente un medio, modo o manera de ejercer el derecho de defenderse libremente de una imputación, no podrá tomarse en cuenta aquella, pues su riesgo de veracidad queda en entredicho, básicamente porque a aquél le asiste el derecho de no decir la verdad.³³⁰

³³⁰ Nota: DÍAZ PITA, María Paula, en Ob. Cit. pág. 405 citando entre otros a HERCE QUEMADA, V; refiere que para aquél “existe, en efecto, una diferencia sustancial entre el examen de testigos y peritos y el del procesado, ya que la declaración de éste último es

En este caso, pareciera no haber mayor problema, porque la norma del artículo 340 del Código Procesal Penal siempre requeriría de otros elementos de prueba ajenos a las simples declaraciones como medio de defensa de los coimputados, las que no podrían valorarse solas como medios de prueba, ya que no podrían considerarse éstas aptas, pues queda en entredicho, además de su veracidad, pues al acusado siempre le asistiría el derecho de no decir la verdad, el que no consten con otro elemento de cargo foráneo que las confirme.

1.3.1.1.3.- La Opción C (intermedia, es decir como medio de prueba testifical y como medio de defensa)

La tercera opción, sería la de adoptar una posición intermedia, como hace por ejemplo la gran mayoría de la doctrina en España,³³¹ configurando lo que se llama un "**testigo-impropio**", pues en el fondo, respecto de sus propios dichos autoinculpatorios se estaría frente a una confesión y, respecto de los dichos inculpatorios hacia otro coimputado, se estaría frente a una declaración.

VÁSQUEZ SOTELO, citado por DÍAZ PITA,³³² señala sobre el particular, "*en sí, la declaración realizada por un imputado de haber intervenido con él en la ejecución del delito perseguido otro correo al cual implica y acusa con su declaración, no puede considerarse una confesión, ya que ésta necesita siempre que los hechos que se confiesan o reconozcan perjudiquen a quien hace la declaración y no a un tercero debiendo tratarse de manifestaciones o declaraciones contra se, y suponiendo una autoincriminación del hecho delictivo por el que se procede*".

Esta es claramente la opinión de nuestra Corte Suprema, cuando en sentencia de 12 de julio de 2010, en los autos Rol 3003-10, en el basamento decimoquinto señaló: "*Que la incorporación como testigos de otros convictos en los mismos hechos, que ya fueron condenados, no está prohibida por norma legal alguna, en otras palabras, nada impide que coimputados puedan comparecer al juicio en esa calidad. El derecho a guardar silencio y la prohibición de autoincriminación alcanza a la persona del inculpatario sobre hechos propios y del que puedan arrancarse corolarios jurídicos que le sean perniciosos en relación a los acontecimientos específicos ventilados en la litis, pero nada obsta a que puedan ser llamados como testigos sobre hechos de terceros de los que, por cualquier medio, han tomado conocimiento. Su condición de enjuiciado, incluso hasta la completa ejecución de la sentencia, en nada altera lo dicho*".

un medio de defensa, una ocasión que la ley les da de tomar posición frente a la acusación y las pruebas de que ésta se valga, y no un medio de fijar objetivamente la verdad".

331 Nota: DÍAZ PITA, María Paula, en Ob. Cit. pág. 405 y 406 cita, entre otros, a MUÑOZ ROJAS, T; FAIRÉN GUILLÉN, V.; VÁSQUEZ SOTELO, J.L.; VÁSQUEZ ROSSI, J.E., ASCENDIO MELLADO, J.M.

332 DÍAZ PITA, María Paula, en Ob. Cit. pág. 410

En Chile, DUCE y RIEGO³³³ optan por este mismo camino, pues ellos señalan que *"la declaración de un imputado es un medio de defensa, en el sentido de que éste lo ejercita voluntariamente según sus propios intereses y de acuerdo a sus propias consideraciones estratégicas...No obstante, la cuestión es que, reconocida la plena autonomía del imputado para declarar o no hacerlo, si de hecho éste declara en el juicio es necesario entender que su declaración se transforma, ahora sí, en un medio de prueba. Es decir, se trata de una información que los jueces deberán valorar en su sentencia, pudiendo analizar su credibilidad y de la cual podrán extraer conclusiones útiles para formar su convicción..."*

1.3.1.2.- Las declaraciones presenciales de coimputados, otorgadas en la oportunidad prevista en el inciso final del artículo 338 del Código Procesal Penal (voluntaria)

Si un coimputado señala alguna cosa que diga relación con la participación o no de otro coimputado, es decir, lo inculpa o no en el hecho, en la oportunidad prevista en el artículo 338 inciso final del Código Procesal Penal, tales asertos, en mi opinión no constituyen propiamente una declaración que se haya ajustado al principio del contradictorio, acorde con el sistema acusatorio que impera, por ende, no podría otorgársele valor probatorio alguno por parte del Tribunal. Es lo que se llama la "última palabra" del juzgado y allí él puede manifestar lo que estimare conveniente, lo que diga, no puede ser valorado de manera alguna por el Tribunal.

Al efecto, una jurisprudencia de la ICA de Talca señala: *"Última declaración del acusado. Alcance. Existe consenso en que todo lo que exponga el acusado en uso de la facultad que le concede esta norma, conocida como la "última palabra del acusado", no configura una declaración en sentido técnico estricto. Desde luego, porque no está sujeta a posibilidad de contradicción o examen alguno. Tal imposibilidad hace que no pueda ser valorada como un "medio de prueba" por el tribunal, atendido a que se vulneraría el principio del contradictorio. C. Talca, 22 diciembre 2003. Rol N° 1.185 – 2003"*.³³⁴

De una manera, no voluntaria, como cuando son llevados al juicio en calidad de testigos de cargo de la fiscalía o de descargo por la defensa. Señalamos que esta manera no es voluntaria, pues si ha sido citado como testigo, tiene el deber de comparecer y declarar, según lo estatuye el artículo 298 del Código Procesal Penal.

333

DUCE Mauricio y RIEGO Cristián, Ob. Cit. pág. 470

334

Nota: jurisprudencia citada por PFEFFER URQUIAGA, Emilio, Ob. Cit. Pág. 509

1.3.1.3.- Las declaraciones presenciales de coimputados, dadas en sede de juicio oral, como testigos de cargo de la fiscalía (no voluntaria)

Los coimputados pueden llegar como testigos al juicio oral, así lo ha señalado expresamente una jurisprudencia de la Corte Suprema, como ya se ha dicho,³³⁵ y, en tal caso sólo cabría considerar de antemano algunas cuestiones.

Por un lado, ver si el Tribunal respectivo es de la tesis de juramentar o no a aquellos “coimputados-testigos”, al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del Código Procesal Penal y, por otro lado, si su situación procesal está pendiente o bien finiquitada.

Cuestiones que para la Corte Suprema parecen irrelevantes, al tenor de la siguiente oración puesta en el considerando decimoquinto ya anotado: *“Su condición de enjuiciado, incluso hasta la completa ejecución de la sentencia, en nada altera lo dicho”*.

En cambio, si se sostiene una posición contraria (es decir, importa la condición de imputado hasta la completa ejecución de la sentencia) y se es de la opción de no juramentar al “coimputado-testigo”, quien sólo será exhortado a ser veraz, no se le podrá luego perseguir criminalmente por el delito de falso testimonio seguido en juicio y, en consecuencia, habrá que solucionar el problema de la credibilidad de tal relato. Haciendo presente desde ya, que, en mi opinión, no podría equipararse pura y simplemente al de un testigo normal, quien depone siempre bajo juramento, salvo que se trate de un menor de edad o sea de alguna de las personas exceptuadas en el inciso 2° del artículo 306 del Código Procesal Penal.

En cambio, si al “coimputado-testigo” se le juramenta, estará en todo equiparado a un testigo o perito que depone en el juicio.

Pero, además, en mi parecer, habría que examinar la otra cuestión relativa a su propia situación procesal-personal en el proceso.

Pues, respecto de ese “coimputado-testigo” puede estar pendiente aún su situación procesal.

En efecto, podría a su respecto estar irresuelto un procedimiento abreviado o una salida alternativa y, perfectamente, pudiera pensarse que, por ese sólo hecho, su declaración tendería a favorecer a la posición del fiscal, pues es de toda lógica que el propio “coimputado-testigo” lo piense así cuando declare en contra de otro coimputado.

335

Nota: véase al efecto basamento decimoquinto de sentencia 3003-10 de la CS de 12 de julio de 2010, en anexo 5 de esta tesis.

Ahora bien, si su situación está solucionada procesalmente, igual pudiere pensarse en idéntico sentido, por ejemplo, el fiscal le propuso un abreviado, él lo aceptó y como condición velada o no, el asiste a declarar como “coimputado-testigo” en contra de otro, pues, a lo mejor tal proceso le impuso una pena menor (recuérdese que el máximo en tales procedimientos es una pena de 5 años de presidio o reclusión menor en su grado máximo), bajo condición de que luego comparezca como testigo der cargo de los demás convictos o coimputados.

Aquí el tema de la credibilidad de su relato pudiere quedar en entredicho, justamente, porque al separarlo del juicio oral de su coimputado – llevándolo a un abreviado – merecerá siempre una pena de hasta 5 años de privación de libertad, cuestión que no pudiere ocurrir con el coimputado y sería razonable pensar entonces, en una especie de declaración premial, donde su premio consistirá en ser llevado a un procedimiento que tiene una pena menor acotada, luego de que preste o asegure prestar a futuro esa especie de servicio o favor declarando en contra de sus coencartados.

1.3.1.4.- Las declaraciones presenciales de coimputados, dadas en sede de juicio oral, como testigos de descargo de la defensa (no voluntaria)

Si declara un “coimputado-testigo” ya no como elemento de cargo, sino que de descargo, por la defensa, uno pudiera pensar a priori en los mismos problemas anteriores, el tema de la exigencia o no del juramento y, el de si su situación procesal está pendiente o finiquitada. Además, cabría agregar en este caso, que normalmente, dado que es presentado por la defensa, pudiere pensarse que la declaración que aquél de, sea siempre exculpatoria para el restante coimputado, pues en caso contrario la defensa no lo presentaría a declarar y con ello, se deviene todo el tema de la credibilidad de su testimonio.

1.3.2.- Las declaraciones NO presenciales de coimputados

Hablaremos de declaraciones **No** presenciales de coimputados, cuando aquellas lleguen al juicio oral por una vía distinta a la que constituiría la declaración presencial de un coimputado, es decir, cuando los jueces del Tribunal de Juicio Oral, reciban su declaración por una vía distinta, a la voz del propio coimputado presente.

Lo anterior significará siempre, que el relato que los jueces escuchen habrá sido dado por el coimputado, en un tiempo anterior al que a ellos les llegue y, además, nunca será de boca del propio coimputado, al menos, en su presencia y, en suma, lo podrán llevar otros al

juicio oral porque lo escucharon, o simplemente, porque tal declaración consta en un documento, que son, en el fondo, las dos vías por las que se admitiría tal declaración.

1.3.2.1.- Las declaraciones NO presenciales de coimputados, llevadas al juicio por testigos de oídas

Supondremos en estos casos, que el coimputado no presta declaración en el juicio oral y, sin embargo, su versión de los hechos llega al juicio, reproducida por testigos que la escucharon con anterioridad. Ello es posible en nuestro sistema, en virtud de lo que dispone el artículo 309 parte final del Código Procesal Penal, cuando señala que *“Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando.....si los hubiere oído referir a otras personas”*. Las posibilidades que pueden darse en este caso, como ya hemos tratado anteriormente en esta tesis, son las que se tratan a continuación.

1.3.2.1.1.- El testigo de oídas es un agente de la Policía

En primer lugar y desde ya, dejar en claro que nunca podría llevarse a cabo la testimonial de un policía que escuchó declarar a un coimputado menor adolescente, pues el artículo 31 inciso 1° de la Ley N° 20.084 señala que *“el adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal, en presencia de su defensor”*, así que tratándose de coimputados menores de edad, esto es, mayores de 14 años y menores de 18 años, al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito nunca podrían declarar ante la policía, ni aún en presencia de su defensor, si lo hicieren, ese policía no podría después llevar ese relato a juicio.

Si un policía escuchó el relato de un coimputado que incrimina o exculpa a otro en la fase de investigación, aquél a narración puede ser llevada al juicio por su boca.

Estimo, sin embargo, que aunque se haya soslayado ya la barrera de la exclusión probatoria que fija la audiencia intermedia, perfectamente el Tribunal Oral puede analizar el contexto en que dicha declaración fue proporcionada por el coimputado al policía.

De acuerdo a lo que se vio en el capítulo II apartados 1.2 y 2.2 de esta tesis, se hizo una clasificación de las declaraciones de coimputados ante la policía, en tres subespecies; **la natural o espontánea, la voluntaria y la provocada.**

La primera, es decir **la natural o espontánea**, es la que hace el coimputado de manera voluntaria y no forzada al policía, antes de que aquél siquiera le alcance a advertir al coimputado que tiene derecho a guardar silencio. Imagino entonces que el policía no alcanzó a señalarle a un coimputado de tal derecho y, sin embargo escuchó el relato incriminatorio o

exculpatorio que éste hace respecto de otro coimputado y luego pretender ser llevado ese relato al juicio.

¿Podría valorarse tal declaración del policía por los jueces?

Estimo que no, porque el correcto proceder del policía, en tal caso, sería el de señalarle que tiene derecho a guardar silencio y que si desea declarar ante él, deberá estar presente su defensor, pues en caso contrario sólo debería limitarse a “constatar la identidad del sujeto”, tal como previene el artículo 91 inciso 1° del Código Procesal Penal.

El fundamento de texto que tengo para ello es el del inciso 2° del artículo 334 del Código Procesal Penal, que si bien se refiere a la prohibición de lectura de actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales, por analogía, pudiera ser perfectamente aplicable, en mi opinión, al caso en comento, es decir, cuando el policía declare en juicio sobre lo que escuchó de un coimputado, a favor o en contra de otro, lo que es indiferente, antes de ser advertido de su derecho a declarar pues, sin la advertencia previa de su derecho a guardar silencio y sin su defensor presente, sólo podía constatar su identidad, luego, todo aquello que aquél le haya dicho podría no valorarse por el Tribunal Oral, pues de hacerlo ser estaría vulnerando tanto la norma del artículo 91 inciso 1°, como la del artículo 93 letra g), ambos del Código Procesal Penal.

Respecto de la **declaración voluntaria autónoma** no diviso mayor problema, en cuanto a la declaración del coimputado, ya sea inculpatoria o exculpatoria respecto de otro coimputado, la prestó aquél, renunciando a un derecho del que conocía previamente – el de guardar silencio – y, además, estaba presente en tal declaración voluntaria autónoma ante la policía, su defensor. En consecuencia, ese policía podría ser llevado al juicio como testigo de cargo para declarar, si sus dichos son inculpatorios en contra de un coimputado o de descargo, si sus asertos son exculpatorios para el coimputado, caso en el cual podría presentarlo la defensa.

En lo tocante a la declaración voluntaria delegada, estimo que habría que hacer algunas precisiones preliminares.

Si el coimputado declara ante el policía en virtud de una delegación expresa del fiscal en tal sentido, para que los jueces pudieran valorar tales asertos que aquél (el coimputado) les prestó en sede extrajudicial, deberían haberse dado previamente todas las

condiciones para que opere la delegación, esto es, la imposibilidad real de que el fiscal no puede concurrir ante la policía a tomarle la declaración al coimputado y, además, que en la toma de aquella, la policía cumpla también con las obligaciones previstas en el artículo 194 del Código Procesal Penal, pues si esos dos temas no están adecuadamente solucionados, es decir, se delegó cuando no se debía delegar tal facultad o bien, podía delegarse la facultad pero la policía previamente no le *"comunicó detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojar en su contra"*, estaría incumpliendo el mandato que el legislador le impuso al fiscal, pues recuérdese que, en este caso, de la delegación, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal.

Ahora, en lo que dice relación con la declaración testimonial del policía en el juicio que escuchó como testigo de oídas la declaración de un coimputado ante él, en el caso de que aquél la tome en uso de una instrucción particular o general que le impartió el fiscal, estimo que ella no debería valorarse por parte de los jueces del Tribunal, pues esa sería una autorización que no puede dar el fiscal anticipadamente, sin el cumplimiento previo de los requisitos exigidos en tal norma, pues ese es un caso de excepción que rompe la regla general del inciso 1° del artículo 91 del citado cuerpo legal.

En relación con los policías, cabría agregar la opción que señala el profesor TAVOLARI, en un cita de su obra, ³³⁶ cuando señala: *"Por el necesario rigor en el modo de exponer las ideas, agregó que, en mi concepto, no resulta admisible, en cambio, que para ser usados como testigos en el juicio posterior, agentes policiales asistan al interrogatorio al que el fiscal someta al imputado, tanto porque ello sí constituye un elemento intimidante, con las dramáticas consecuencias que la jurisprudencia chilena conoce, como el crimen de La Calchona, en que jóvenes campesinos fueron condenados y mantenidos privados de libertad por cinco años, en virtud de declaraciones prestadas en el Juzgado del Crimen, bajo la vigilancia de funcionarios policiales, cuanto porque asistir a los interrogatorios no es función policial y, por ende, no hay incumplimiento alguno de deberes si el agente reconoce ignorar lo que el imputado declaró ante el fiscal"*.

Por último, en relación a la declaración provocada del coimputado, si ella llega a juicio por parte del agente policial como un testigo de oídas y se acredita que ella fue obtenida mediante alguno de los métodos prohibidos que señala el artículo 195 del Código Procesal Penal, o bien, bajo juramento, tales declaraciones no deberían valorarse por el Tribunal y habría que restarle todo mérito probatorio.

1.3.2.1.2.-El testigo de oídas es un fiscal o un abogado asistente de un fiscal

Si un fiscal escuchó relatar a un coimputado, entiéndase con todas las formalidades del artículo 194 del Código Procesal Penal, algún relato respecto de la participación de un coimputado, perfectamente puede asistir como testigo de oídas de cargo de la fiscalía o bien de descargo de la defensa al respectivo juicio oral. Estimo que también podría ser citado como testigo de descargo de la fiscalía, si aquél escuchó un relato exculpatorio del coimputado hacia otro coimputado, en aras del principio de objetividad que debe regir la actuación del fiscal del ministerio público.

Si se trata de un abogado asistente de fiscal, en mi opinión, pueden entenderse respecto de él las mismas reglas anteriores. Hay autores chilenos que no comparten mi opinión.

337

En efecto, **MATURANA y MONTERO** señalan que mediante la modificación de la Ley N°20.053, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de marzo de 2008, se facultó en el artículo 190 del Código Procesal Penal para que los testigos que el fiscal cite, declaren ante él o bien ante su abogado asistente. Sin embargo, no se modificó el artículo 194 del mismo cuerpo legal y, en consecuencia, los imputados y coimputados sólo podrían declarar ante el fiscal. Olvidan los citados autores que el artículo 332 del Código Procesal Penal permite precisamente usar las declaraciones que los imputados hayan prestado ante el abogado asistente del fiscal en su caso como para refrescar memoria o evidenciar o superar contradicciones.

En relación con los menores adolescentes, los fiscales podrían perfectamente ser citados como testigos de oídas, por otros fiscales o los defensores, siempre y cuando el relato que escucharon del coimputado y que escucharon extrajudicialmente y sobre el que depongan en juicio, lo haya presenciado el defensor del menor adolescente, en caso contrario, es decir, ante la ausencia de éste debería restársele mérito probatorio al mismo, por haberse obtenido con vulneración de norma legal expresa.

Estimo que respecto de los abogados asistentes de fiscales, ellos no podrían en caso alguno tomar una declaración extrajudicial a un menor adolescente, ni aún en presencia de su defensor.

337 Nota: **MATURANA MIQUEL**, Cristián y **MONTERO LÓPEZ**, Raúl, señalan a contrario que no obstante las facultades que se les han conferido a los abogados asistentes para realizar ciertas diligencias, ellos no se encontrarían facultados para tomarle declaración al imputado y basan su conclusión en una opinión del Fiscal Nacional dada en la Comisión de Constitución, en su 2° informe, citado en nota de pie de página en su libro "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 1° edición, julio de 2010, pág. 265.

1.3.2.1.3.-El testigo de oídas es el Defensor

De una primera lectura de este tema pareciera desprenderse que la situación que se plantea, respecto del defensor del coimputado sería impracticable, debido al deber de guardar secreto que a ellos se les impone y, en caso en que se diere la declaración de algún defensor, el Tribunal no debiera valorar aquella, al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 303 del Código Procesal Penal.

Pero, muy por el contrario, si relacionamos dicha norma con la del inciso 2° del artículo 304 del Código Procesal Penal, que señala: *"Los testigos comprendidos en los dos artículos precedentes estarán obligados a declarar respecto de los demás imputados con quienes no estuvieren vinculados de alguna de las maneras allí descritas, a menos que su declaración pudiese comprometer a aquéllos con quienes existiere dicha relación"*, se desprende que perfectamente un defensor puede ser citado como testigo respecto de lo que le escuchó decir a un coimputado, siempre y cuando ello no afecte, a su vez, a su cliente o defendido.

1.3.2.1.4.- El testigo de oídas es un Tercero No vinculado al proceso

Tratándose de terceros que sean testigos de oídas de dichos de coimputados que incriminen o exculpen a otro coimputado, para ellos no habría ningún problema, sus dichos deberían valorarse siempre. Habría que tener presente eso sí, si es que esos terceros no vinculados al proceso están en alguna de las situaciones previstas en el artículo 302 o en la del inciso final del artículo 305, ambos del Código Procesal Penal, pues en ese caso su credibilidad pudiese quedar en entredicho por la vinculación particular que tiene con aquél.

1.3.2.1.5.- El testigo de oídas es un Tercero vinculado al proceso

En cambio, si se trata de un tercero, pero que tenga alguna vinculación profesional al proceso, como por ejemplo un perito sicólogo, psiquiatra, médico, matrona, etc., y que, en esa calidad escuche al coimputado declarar algo a favor o en contra del otro coimputado, podría verter tal declaración, sin inconveniente alguno, aunque ella provenga de la respectiva anamnesis o pericia, siempre y cuando hubiere advertido al coimputado que tenía derecho de guardar silencio.

Estimo que, en caso contrario, perfectamente dichos asertos no podrían ser llevados al juicio oral, vulnerando un derecho del coimputado, tal es de declarar libremente, siempre y cuando sea advertido previamente de que tiene derecho a guardar silencio.

Como corolario de todas las declaraciones que se viertan en juicio respecto de coimputados, ya sea inculpatorias o exculpatorias para otros coimputados, por medio de testigos de oídas, el Tribunal debería tener siempre presente, que se trata de declaraciones no presenciales de coimputados, es decir, no es el propio coimputado quien las lleva al juicio por su boca, sino que salen de la boca de un tercero, es información, por decirlo de alguna manera, de segunda mano.

Con lo dicho, no se quiere significar que no pueda ser también útil esa información para el juez, porque el propio legislador las contempló en el artículo 309 del Código del ramo, sino que, debe tenerse siempre presente que no vienen al juicio de primera mano, sino que propaladas por alguien que las escuchó y, perfectamente, pudiere entenderse que cuando la manifiesta no la hace con la misma exactitud y sentido que podría hacerlas quien las profesó realmente.

El problema anterior se presentará siempre, porque la fuente primigenia (coimputado que declara ante el policía, el fiscal, su asistente, un tercero, vinculado o no al proceso), pudiere no estar en el juicio para dar presencialmente su versión, la que sería llevada a estrados por los testigos de oídas indicados y, ante la duda, el Tribunal no podrá recurrir a la fuente inicial o primitiva para cotejar unas con otras. Lo mismo ocurriría cuando, estando presente el coimputado, éste se asile en su derecho a guardar silencio.

De allí que pudiere sostenerse, y no sin razón, que cuando un testigo de oídas de los mencionados, relata algo que escuchó decir a un coimputado y ello perjudica a otro coimputado y ello no fuere cierto, la única posibilidad que le quedaría al coimputado inculpatado para salir de tal vericuetto, sería la de verse obligado a renunciar a su derecho a guardar silencio durante el juicio oral y declarar como medio de defensa.

En este caso, el Tribunal tendría un problema más de credibilidad de relatos.

1.3.2.2.- Las declaraciones NO presenciales de coimputados, llevadas al juicio mediante la lectura de documentos que las contienen

Trataré en este apartado todos los casos mencionados como declaraciones no presenciales de coimputados que consten en documentos, ya sea en declaraciones formales prestadas por coimputados ante el Juez de Garantía, ya sea en la fase de investigación o intermedia, que son a las que se refiere el artículo 331 letra d) del Código Procesal Penal, o bien, las que he denominado declaraciones no formales que preste un coimputado al considerarlas "especies de declaraciones" y que son las que emitan en la suspensión condicional del procedimiento o en los acuerdos reparatorios en la fase de investigación, las que presten en el procedimiento abreviado o en una convención probatoria en la fase

intermedia y siempre que ellas afecten o favorezcan a un coimputado, también está la situación especial de la letra c) del artículo 331 del Código del ramo y, por último, al de la letra b) del mismo artículo.

1.3.2.2.1.- En declaraciones Judiciales prestadas ante un Juez de Garantía

Aquí señalé antes, que también hay que distinguir algunas cosas previas.

Si el coimputado prestó una declaración judicial formal, ante un Juez de Garantía, ya sea en la fase de investigación o en la fase intermedia, y en ella inculpa o exculpa a otro coimputado, perfectamente tal relato puede llegar mediado al juicio (por eso es no presencial, al igual que en todos los casos de relatos de oídas), en una de las formas que el legislador previó para ello, esto es, la situación contemplada en el artículo 331 letra d) del Código Procesal Penal, que dispone: *“Podrá darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:....d) Cuando se tratase de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía”*

Es decir, el legislador reglamentó expresamente esta posibilidad, respecto de declaraciones – sólo judiciales – de coimputados (las extrajudiciales caerían en el artículo 309 del Código Procesal Penal, por la vía de los testigos de oídas), cuando se tratará:

- 1) de coimputados rebeldes y
- 2) que hubieren prestado declaración judicial ante el Juez de Garantía.

La rebeldía de un coimputado puede declararse sólo en alguno de los dos supuestos del artículo 99 del Código Procesal Penal:

“a) Cuando, decretada judicialmente su detención o prisión preventiva, no fuere habido, o

b) Cuando, habiéndose formalizado la investigación en contra del que estuviere en país extranjero, no fuere posible obtener su extradición”.

Por su parte, el artículo 100 del indicado cuerpo legal, añade: “La declaración de rebeldía del imputado será pronunciada por el tribunal ante el que debiere comparecer”.

Luego, de lo anterior se sigue que para que pueda darse lectura a la declaración judicial de un coimputado, debe:

En el primer caso (literal a) del artículo 99):

I.- haberse previamente dictado en contra de aquél una orden de detención o de prisión preventiva;

II.- que dichas órdenes no hayan tenido resultado positivo, es decir, que el coimputado no sea habido;

III.- que, ante el resultado negativo de dichas órdenes de detención o de prisión preventiva, el Tribunal declare la rebeldía del mismo coimputado; y

IV.- que, efectivamente ese coimputado rebelde haya prestado una declaración judicial ante un juez de Garantía.

En el segundo evento (letra b) del artículo 99):

I.- que se hubiere formalizado investigación ³³⁸ en contra de un coimputado;

II.- que se acredite que está en país extranjero;

III.- que no fuere posible obtener su extradición;

IV.- que, ante el resultado negativo de su extradición, el Tribunal declare la rebeldía del mismo coimputado; y

V.- que, efectivamente ese coimputado que está rebelde, porque no se puede extraditar, haya prestado una declaración judicial ante un juez de Garantía.

Si se dan las condiciones anotadas, pudiera el fiscal o el defensor dar lectura a tales declaraciones de coimputados rebeldes, siempre que ellas hayan sido prestadas, con todas las formalidades legales (del artículo 326 del CPP) ante un Juez de Garantía.

338 Nota: la formalización de la investigación está definida en el artículo 229 del CPP en los siguientes términos: "La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados".

1.3.2.2.2.- En declaraciones no formales o “especies de declaración” vertidas por el coimputado ante un Juez de Garantía y que constan también en documentos

Aquí distingo entre aquellas “especies de declaración” dadas por el coimputado en la fase de investigación, que serían, la **suspensión condicional del procedimiento** y el **acuerdo reparatorio** y las contemplamos aquí, cuando en aquellas, el coimputado afecte o favorezca con sus dichos a otro coimputado y el litigante respectivo, fiscal o defensor, las desee incorporar por medio de su lectura.

En los puntos 4.2.3.1.a) y 4.2.3.1.b) del capítulo IV tratamos estos dos institutos, entonces ahora analizaremos si, en esas “especies de declaración” que da el coimputado, podría inculpar o exculpar a otro coimputado y, en ese evento, el interviniente que corresponda (fiscal o defensor) deseen agregar como documento, por su lectura, el instrumento en que consta tal salida.

Lo único que reglamentó el legislador, en relación a estos instrumentos, está en el artículo 335 del Código Procesal Penal, que dispone, en lo pertinente: *“No se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio.....”*.

Lógicamente, tal prohibición de invocación, incorporación o lectura de los antecedentes referidos en relación a la suspensión condicional del procedimiento y a los acuerdos reparatorios dicen única y directa relación con las declaraciones, por así decirlo, autoinculpatorias o de reconocimiento que hace el propio imputado, pero estimo que ellas, en modo alguno quedan comprendidas en la prohibición, si en ellas se refiere de alguna manera a la actuación de otro coimputado.

La razón de ser de tal prohibición, es que el Tribunal del juicio no sepa, en el evento de que este juzgando a un imputado, que aquél estuvo llano a celebrar o una suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio, que finalmente no prosperó, falló o simplemente se revocó, puesto que en la aceptación de tales salidas habrá siempre para quien las acuerda una “especie de admisión de responsabilidad”, ergo, el legislador no quiso que los jueces que están conociendo de la causa del coimputado, sepan, de antemano, esto es, antes de resolver sobre su condena o absolución, que aquél, en fases primigenias del procedimiento ordinario, estuvo llano a aceptar de alguna manera su propia responsabilidad. Eso opera bien para el propio imputado, que es llevado luego a juicio, respecto de su propia responsabilidad, sin embargo, estimo que el sólo hecho de conocerse una proposición, discusión, aceptación, rechazo o provocación de tales salidas, por parte de un imputado, ello podría también perjudicar a su coimputado y en ese evento, no debieran

valorarse tales declaraciones ni para el coimputado que participó en ellas ni para el que no lo hizo.

Ahora, en relación a las que acuerde en la fase intermedia un coimputado, como son el **procedimiento abreviado y una convención probatoria**, el tema es aún más delicado.

En efecto, ya se vio en los párrafos 4.2.4 y 4.2.5, del capítulo IV, la situación del procedimiento abreviado y de la convención o acuerdo probatorio. Respecto de este procedimiento especial, cabe recordar que el coimputado que lo acuerda, debe aceptar los hechos de la acusación y los antecedentes de la investigación en que se fundaren.

Así, si la acusación penal señala, por ejemplo, que “Fulano con Sutano el día x le propinaron varias puñaladas a Pedro, a consecuencia de las cuales aquél falleció en el mismo lugar”; las conclusiones preliminares que pueden sacarse de ello son las siguientes:

a) a Fulano y a Sutano se le imputa la comisión de unos mismos hechos (propinarle a Pedro un día X, varias puñaladas, a consecuencia de las cuales aquél fallece);

b) Luego a Fulano y a Sutano se les está imputando la comisión de coautoría, inmediata y directa en la muerte de Pedro;

Supongamos entonces, que al coimputado Fulano el ente persecutor fiscal le propone un procedimiento abreviado, sugiriendo para aquél, la imposición de una pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo como autor del delito de homicidio simple de Pedro, y aquél acepta, porque respecto de aquél existen por ejemplo, dos atenuantes, la de la irreprochable conducta anterior y la de la cooperación sustancial al esclarecimiento de los hechos – al aceptar el abreviado -. En cambio, al coimputado Sutano no le ofrece tal procedimiento, porque a aquél no lo favorece ninguna atenuante de responsabilidad penal y, en consecuencia, el marco regulatorio de la pena para aquél, que partiría en presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años) hace inviable tal procedimiento, por así disponerlo el artículo 406 del Código Procesal Penal.

Al aceptar ir a un procedimiento abreviado, suceden varias cosas conjuntas para el coimputado Fulano:

i.- Está renunciando automáticamente a su derecho a ir a un juicio oral y público al manifestar su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado;

ii.- Debe estar en conocimiento de los hechos de la acusación (esto es que el día x junto a Sutano, mataron a Pedro a puñaladas) y aceptarlos expresamente;

iii.- Debe estar en conocimiento de los antecedentes de la investigación que fundan dichos hechos (los de la acusación) y aceptarlos expresamente.

Respecto de su propia participación y culpabilidad no cabe problema alguno, pues el propio legislador previó que ello pudiera ocurrir así.

Sin embargo, el fiscal pudiera querer acompañar, al juicio oral de Sutano, la sentencia del abreviado donde Fulano resulta condenado por el homicidio de Pedro y, en los hechos, el juez narra que "Fulano con Sutano el día x le propinaron varias puñaladas a Pedro, a consecuencia de las cuales aquél falleció en el mismo lugar", tal como reza la acusación fiscal.

Podría perfectamente, el interviniente fiscal acompañar tal antecedente – sentencia – a efectos de lograr la convicción de condena de Sutano por parte del Tribunal.

Esto es factible y real, al efecto, en un juicio oral del T.J.O.P. de Valparaíso que se anuló porque el Tribunal no aceptó la incorporación de una sentencia dictada en abreviado, por los mismos hechos, respecto de otros condenados, como se aprecia de los basamentos octavo y noveno de la sentencia recaída en recurso de nulidad de la Excm. Corte Suprema que se acompaña en el anexo 5 de esta tesis.

Otra de las posibilidades de que un interviniente desee incorporar como prueba una sentencia dictada en un procedimiento abreviado en contra de un coimputado de un juicio oral, lo será para efectos de configurar una agravante de responsabilidad penal, como por ejemplo, la pluralidad de malhechores.

Estimo que, en el fondo, en este caso no hay problema, siempre y cuando en ese evento haya una igualdad para ambos condenados, al efecto véase interesante jurisprudencia sobre el particular, del T.J.O.P. de Valparaíso, que no consideró la sentencia dictada en contra del coimputado porque básicamente a aquél no se le había considerado, en la aplicación de su pena, la agravante en comento, ³³⁹ y con eso se vulneraría, entre otras cosas, la igualdad ante la ley.

339 Nota: véase sentencias completas, del Tribunal Oral anulada, la de la Corte que acoge la nulidad y la de reemplazo subsecuente, en anexo 4 de esta tesis.

Por último, en este apartado faltaría tratar la situación de la lectura de la convención probatoria a que llegó un coimputado, donde en ella inculpa precisamente, a otro coimputado.

La verdad es que si bien este parece un caso de laboratorio, perfectamente, dada la redacción que las partes le den a la convención probatoria, ello podría suceder.

Volviendo al ejemplo de Fulano y Sutano que ocupamos para el procedimiento abreviado, imaginemos ahora, que tratándose de los mismos hechos, Fulano acuerda la siguiente convención probatoria con el fiscal: "El día X, yo (Fulano) junto con Sutano le propinamos varias puñaladas a Pedro".

Sutano no acordó convención probatoria alguna y, sin embargo, el Tribunal ya sabría de antemano que hay una convención probatoria donde un acusado (Fulano) confiesa haberle dado muerte a Pedro de varias puñaladas, hasta ahí y respecto de su propia participación, no hay problema, se le condenará si existen otros elementos probatorios distintos de su propia confesión que acrediten tanto el hecho punible como su propia participación. Sin embargo, en lo tocante a Sutano, que es el coacusado, aquél no declara en juicio ni acordó la convención probatoria, entonces, qué valor real tiene para aquél aquella "imputación" que le hace su coencartado cuando señala "yo y Sutano le propinamos varias puñaladas a Pedro".

Estimo que ningún valor debiera tener para el Tribunal tal declaración "contenida en la convención probatoria", pues sobre aquella, en primer lugar no concurrió a su formación el coenjuiciado inculcado (Sutano) y entonces, para él no debiera tener efecto alguno y, los jueces no podrían estar simplemente a su mérito, para pensar que tal inculcación le sirve a efectos de tener un elemento válido de convicción para la condena del coimputado.

1.3.2.2.3.- En la situación prevista en el literal c) del artículo 331 del Código Procesal Penal

La otra posibilidad contemplada por nuestro legislador, es la de la letra c) del artículo 331 del Código Procesal Penal, que dispone: "*Podrá darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos: c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado*".

En este evento, ya sea el fiscal o el defensor debieran acreditarle al Tribunal Oral que la incomparecencia del coimputado al juicio es imputable al acusado.

Pero, a diferencia de lo que ocurre en el literal d) del mentado artículo 331 del Código Procesal Penal, de la redacción de la norma de la letra c) surgen algunas interrogantes:

Así, allí se habla de “no comparecencia”, ergo, se está hablando entonces del “deber de comparecencia que tienen testigos y peritos en el artículo 298 y, en consecuencia, la pregunta que uno pudiera hacer es la siguiente: ¿debieran los coimputados figurar entonces, en la respectiva lista de testigos de la fiscalía y/o la defensa, o no?

Véase sobre mi opinión, lo dispuesto en el punto 2.1.1.1.2 del capítulo II de esta tesis.

Otro de los temas inconclusos de la norma en cuestión, sería la relativa a cuáles son las declaraciones preliminares del coimputado que pueden incorporarse por esta vía.

Explicando, señalo que como el legislador limitó en la letra d) del artículo 331 solamente a las declaraciones de coimputados rebeldes prestadas ante el juez de garantía, en este literal en análisis, el c), no hay limitación alguna, ni relativa a la rebeldía ni tampoco a que sea una declaración dada ante un juez de garantía.

Luego, ante el silencio del legislador en este punto, uno perfectamente pudiera interpretar la norma en un sentido amplio y no limitarla a especiales formas de declaraciones previas, sino que aquí cabrían todas, esto es, tanto las judiciales como las extrajudiciales, pero, respecto de éstas últimas, pudieran ellas estar inmersas en un parte policial y podría en ese caso, su agregación, en colisión con la norma del artículo 334 del Código Procesal Penal.

1.3.3.- La situación especial de las declaraciones dadas por sujetos ante autoridades administrativas, fuera de un proceso penal y que luego pretenden ser llevadas a juicio cuando aquéllos se convierten en imputados o coimputados, sea mediante la testimonial de los fiscales administrativos o bien, la incorporación de los sumarios administrativos que las contienen.

Sobre este tema, MATURANA y MONTERO ³⁴⁰ señalan que “*un tema que no se ha regulado por nuestro legislador es la autoincriminación efectuada fuera del proceso penal, y con motivo de actuaciones que se realizan ante autoridades administrativas o en procesos distintos a los penales, en los cuales no se le reconocen al sujeto los derechos antes señalados,*

340 MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 1ª edición, julio de 2010, pág. 265.

habiéndose empezado a cuestionar por ello la eficacia probatoria para el proceso penal de esas declaraciones”.

LAURA TEITELBOIM,³⁴¹ en su artículo “Acerca de la posibilidad de llevar al juicio oral las declaraciones prestadas por el imputado en un proceso administrativo”, concluye que “No es admisible llevar al juicio oral la declaración prestada por el imputado ante órganos administrativos, si en dichos procedimientos no se reconoció al investigado el derecho a no inculparse, esto pues la CIDH ha extendido este derecho a dichos procedimientos”.

Una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica,³⁴² citada por ROJAS SAENZ sobre el particular señala: “En lo que al proceso penal respecta, si a la amparada no se le hicieron las advertencias de ley, no puede tomarse como prueba su declaración en la fase administrativa, porque dentro del proceso penal, rige entre otros, el principio de que no puede obligarse a una persona indicada a declarar contra sí misma, y en consecuencia puede abstenerse de declarar, y la entrevista que fue recabada durante el procedimiento administrativo tributario, no sirve como prueba dentro del proceso penal por no contener los requisitos que una indagatoria debe cumplir. Así las cosas la entrevista es válida para sus fines dentro del procedimiento tributario, pero no sirve como prueba dentro del proceso penal que se genere a raíz de la determinación de un ilícito penal tributario, y lo procedente es entonces declarar sin lugar el recurso”.

El Estatuto Administrativo, contenido en la ley N° 18.834, señala en su artículo 128 que “Si la naturaleza de los hechos denunciados o su gravedad así lo exigiere, a juicio de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, se dispondrá la instrucción de un sumario administrativo”, por su parte, de la lectura de los artículos 132 y 135 del mismo cuerpo legal, se puede inferir que “Los funcionarios citados a declarar por primera vez ante el fiscal, en calidad de inculcados” tienen la obligación de declarar ante el fiscal, pues aquél tiene “amplias facultades para realizar la investigación y los funcionarios estarán obligados a prestar la colaboración que se les solicite”. A lo anterior cabe agregar que, según dispone el artículo 139 inciso 3° “Cuando los hechos investigados y acreditados en el sumario pudieren importar la perpetración de delitos previstos en las leyes vigentes, el dictamen deberá contener, además, la petición de que se remitan los antecedentes a la justicia ordinaria, sin perjuicio de la denuncia que de los delitos debió hacerse en la oportunidad debida”, con lo que se está indicando que los antecedentes de la investigación hechos por el fiscal en el curso del sumario administrativo

341 LAURA TEITELBOIM, Alejandro, “Acerca de la posibilidad de llevar al juicio oral las declaraciones prestadas por el imputado en un proceso administrativo”, en *Revista Procesal Penal* N° 31, Editorial Lexis Nexis Chile, de Enero de 2005, Santiago de Chile, Chile, págs. 11 a 18.

342 Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Rol 2000-11403 de 20 de diciembre del año 2000, citada por ROJAS SAENZ, Gloriana, “El derecho a no autoinculparse en materia tributaria”, en vínculo de internet <http://www.idpc.es/archivo/1208279975FC12NGR.pdf>, visitado el día 31 de diciembre de 2010.

deberán llegar a la justicia ordinaria, entre ellos, deberá encontrarse, por supuesto, la declaración del inculpado en aquél.

Tal declaración no cumple entonces con los parámetros exigidos en el ordenamiento procesal penal, ni en los Tratados internacionales ³⁴³ sobre la materia, como derechos del imputado, porque, entre otras cosas, se ve como obligatoria, es decir, no rige el derecho a guardar silencio, se presta en una fase de la investigación que es secreta para el inculpado y no hay posibilidad de ser asistido por un abogado sino hasta cuando se hayan formulado los cargos.

Luego, la conclusión en Chile, no debiera ser opuesta a la señalada en la sentencia costarricense, en efecto, las declaraciones prestadas por sujetos que son investigados en sumarios administrativos por infracción de deberes funcionarios no podría ser utilizada como prueba de cargo en un juicio penal posterior.

En España la doctrina va por igual sentido, cuando señala: *Como ya hemos apuntado en otros apartados de este trabajo de investigación operativa tal derecho-marco implica, entre otros, los derechos de la persona acusada al silencio y a no responder a alguna (derecho al silencio parcial) o a todas las preguntas (derecho al silencio total) que se le formulen y a no declararse culpable. Su contenido se extiende, también, a la prohibición de toda coerción para que la persona acusada se vea obligada a aportar datos o materiales probatorios sobre los que pueda acreditarse su responsabilidad penal. En este punto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apostado fuerte por la mayor garantía de este contenido específico al calificar como contrarios al derecho a la no autoincriminación reconocido en el Convenio –decantado de sus finalidades no de su expresa mención in lite– los comportamientos de las autoridades estatales destinados a obtener declaraciones de voluntad o de conocimiento o de facilitación de documentos mediante el establecimiento de multas u otros mecanismos de astreintes aunque aquéllos puedan proceder de actuaciones no estrictamente penales pero con relevancia sancionatoria, por ejemplo, de orden fiscal o impositivo, o que puedan derivar o desembocar en un proceso penal –Caso J.B Bloque I: El inculpado como fuente y medio de prueba c/ Suiza, de 3 de mayo de 2001; caso Saunders c. Reino Unido de 17 de diciembre de 1996, en el que se analizan la utilización en el proceso penal de manifestaciones con valor autoincriminatorio prestadas en un procedimiento administrativo de investigación de un acuerdo entre sociedades que podía comprometer el principio de libre competencia; caso Shanon c/ Reino Unido, de 4 de octubre de 2005, en el que se declara la*

343 Art. 8° de la CADH que consagra como garantía mínima de carácter judicial en su N° 2 letra g) el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y en el N° 3 expresa que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza; Art. 14 del PIDCP, que en su N°3 letra g) consagra la garantía mínima de una persona de no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable; Art. 19 N°7 párrafo f) de la CPRCH, que dispone que en las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio.

inutilizabilidad en el proceso penal de declaraciones incriminatorias prestadas en un expediente administrativo—“³⁴⁴”

1.4.- Cómo debieran valorarse entonces las declaraciones de los coimputados mencionados anteriormente

A continuación, en los siguientes puntos de esta tesis, daré mi opinión personal acerca de cómo debieran valorarse las declaraciones de los coimputados, teniendo presente para ello, las distintas formas o vías de acceso en que ellas se presentan en un juicio oral.

1.4.1.- Respecto de las declaraciones presenciales de coimputados

Sin ánimo de ser repetitivo, aclaro que me referiré en los siguientes dos puntos a declaraciones que los jueces escuchen en el juicio oral de parte de los coimputados, donde será fundamental el que los jueces oigan de los propios coimputados sus asertos, es decir, donde rige plenamente la inmediación, o sea está presente ante el o ellos el coimputado declarando, ya sea como medio de defensa o bien presentado como “coimputado-testigo” por alguno de los intervinientes.

1.4.1.1- Para declaraciones presenciales voluntarias de coimputados, al amparo de lo preceptuado en el artículo 326 en relación a lo prevenido en el artículo 98 del Código Procesal Penal, dadas en sede de un juicio oral.

En un sistema de libre valoración de la prueba, no parece tan sencillo, en mi opinión tratar aquellas declaraciones de coimputados en un mismo nivel que las declaraciones que otorguen testigos y peritos en un juicio.

344 HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: En “99 Cuestiones Básicas Sobre la Prueba en el Proceso Penal”, *Bloque I: El inculgado como fuente y medio de prueba*. GRUPO DE INVESTIGACIÓN PENAL: Roser Bach Fabregó, Salvador Camarena Grau, Juan Igartua Salaverría, Juan José López Ortega, Manuel Miranda Estrampes, Jaime Moreno Verdejo, María Poza Cisneros, José Manuel Sánchez Siscart, Javier Hernández García (Director); Trabajo facilitado en archivo Word a este tesista por el Dr. Manuel Miranda Estrampes. Cuestión 10: ¿Pueden aprovecharse probatoriamente en el proceso penal las aportaciones documentales y las manifestaciones de la persona acusada prestadas en el curso de un previo expediente administrativo sancionatorio bajo cláusulas legales de coerción —por ejemplo, multas o recargos pecuniarios—?, págs. 101 a 102.

Analizamos anteriormente en esta tesis – apartado 1.2.2.1.- del presente capítulo varias diferencias existentes entre las declaraciones del coimputado, que es quien nos interesa, versus las otras declaraciones de testigos y peritos.

En consecuencia, si existen tantas diferencias, el tema de su libre valoración no puede olvidar tales aspectos.

Aquí, a mi juicio, la principal divergencia estriba en el derecho que le asiste al coimputado de declarar lo que estime; sea cierto o no, en palabras más simples puede, perfectamente, faltar a la verdad, y en caso de mentir, no acarreará por éste hecho sanción alguna y con ello, el tema de su credibilidad, por este sólo concepto, pudiere quedar en entredicho, situación que, al menos a priori, no debiera existir en el caso de los testigos, pues siempre ellos saben que luego que declaran bajo juramento, pueden ser perseguidos criminalmente por el delito de falso testimonio prestado en causa criminal, en el evento que falten a la verdad.

En efecto, no será tan fácil para el Tribunal saber de buenas a primeras, sí lo que está declarando el coimputado ocurrió o no en la realidad. Para llegar a determinar finalmente aquello, deberá recurrirse a pruebas ajenas a los propios asertos del coimputado que, o bien, confirmen su versión o la desmientan.

Tampoco los jueces saben a priori - cuando un coimputado da su versión al Tribunal - cuáles son las motivaciones que lo mueven a ello, pues se sabe que le asiste el derecho de guardar silencio. Entonces, la renuncia de ese derecho siempre estará motivada por alguna razón, que podrá o no ser espuria.

Asimismo, hay que tener presente en este aspecto, otros puntos como, por ejemplo, el propio interés o beneficio de quien la preste (coimputado), si se tratare de obtener, por ejemplo una atenuante como es la de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, a que se refiere el artículo 11 N°9 del Código Punitivo, al aclarar no sólo su propia participación, sino que, además, de colofón, la de su coimputado.

También, la declaración del coimputado pudiere estar motivada por la existencia de una amistad con el coimputado y, en ese caso, lógicamente pudiere tender a pensarse en una declaración más favorable o derechamente exculpatoria para el codelincuente, o por el contrario, pudiere estar motivada por odio o resentimiento personal, en suma por una enemistad respecto de su coimputado, lo que pudiere incluso llevarlo a inculpar a un inocente o bien a agravar la responsabilidad de un coimputado que sí es culpable.

Por ello una jurisprudencia del Tribunal Supremo Español señalaba: *“si bien es cierto que la declaración del coprocesado no es, propiamente, como indican las sentencias de esta Sala de 9 de julio de 1984 (RJ 1984\3838), y 19 de abril de 1985 (RJ 1985\2109), un medio ordinario de prueba, en cuanto ni puede asimilarse a la «contra se pronuntiatio» que vertebrá entitativamente la confesión ni son del todo declaraciones, pues se efectúan carentes de la*

*obligación de veracidad exigibles a los testigos e incluso sólo muy mediata y relativamente pueden ser reputados terceros ajenos en trance de reconstrucción de hechos pasados, lo cierto es que este testimonio impropio, tan analizado por la dogmática científica italiana bajo la rúbrica de «chiamata di correo» o testimonio del computado, puede cuando menos estimarse como constitutivo de esa mínima actividad probatoria de cargo que, existente, no puede revisarse casacionalmente, siempre que no concurren las dos circunstancias -cuyo análisis pormenorizado se hará en el siguiente fundamento- de que: a) Exista o subyazga en la causa motivo alguno que conduzca a deducir, aunque fuere indiciariamente, que el complicado haya prestado su declaración guiado por móviles de odio personal, obediencia a una tercera persona, soborno policial mediante o a través de una sedicente promesa de trato procesal más favorable, etc. y b) Que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de auto-exculpación”.*³⁴⁵

Así, en España, según MIRANDA ESTRAMPES,³⁴⁶ “se condiciona el valor o alcance probatorio de la declaración inculpatoria del coimputado a la no concurrencia o presencia de factores o notas a los que atribuye una decisiva potencialidad orientadora”, agrega luego que “tales factores o condiciones enumerados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son los siguientes: 1ºQue no conste en la causa dato alguno que permita afirmar que la declaración del coimputado ha sido guiada por móviles espúreos tales como el odio personal, la animadversión, el resentimiento, la venganza, la obediencia a una tercera persona, el soborno policial o la promesa de trato procesal más favorable; 2ºQue la declaración inculpatoria no se haya prestado con el ánimo de auto-exculpación o de desplazar el acusado sus propias responsabilidades a un tercero; 3ºPor último, el Tribunal debe examinar la personalidad del delincuente delator y la relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado por él como partícipe, como dato a tener en cuenta para valorar su credibilidad”.

Actualmente, si un imputado es sindicado o exculpado por su coimputado en la audiencia de un juicio oral y aquél opta por no declarar, el tribunal nunca sabrá si hay o no contradicción entre esos relatos, situación que antaño no ocurría con la existencia de la diligencia del careo.

Recuérdese que en el antiguo sistema procedimental penal, el instituto del careo ayudaba al juzgador en estos temas, pues, aquél frente a discrepancias de relatos de indagatorias de coimputados, los llamaba a su presencia con la finalidad de lograr, en la medida de lo posible, superar las contradicciones existentes.

La única solución posible para salvar lo anterior, sería escuchar entonces, en el mismo juicio, qué es lo que tiene que decir el otro coimputado respecto de la exculpación o inculpación que le hace su compañero de delito, la vía para ello sería la de hacerlo declarar,

345 Sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala de lo Penal), RJ 1986\2446 de 12 mayo 1986, extraída del libro “La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”. RIVES SEVA, Antonio Pablo, Director, 4ª Edición, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, Navarra, España, año 2008, págs. 413 y 414.

346 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La mínima actividad probatoria en el proceso penal”, Ob. Cit. Págs. 211 y 212.

obligándolo de tal manera a renunciar a su derecho inalienable de guardar silencio, sin embargo, sabemos que eso no es posible.

Lo dicho, me hace sostener que las declaraciones de coimputados no pueden estimarse en un plano de igualdad en relación con la testimonial, en suma, no pueden ser analogadas simplemente aquéllas a las declaraciones de testigos y peritos y, en consecuencia, van quedando sólo dos caminos posibles, estimarlas siempre un medio de defensa o bien, darles esa posición híbrida de testigos impropios, es decir, considerar que constituyen siempre un mecanismo de defensa cuando declaran sobre hechos propios y, la de testigos, cuando declaran sobre hechos ajenos del coimputado.

El que las declaraciones de coimputados siempre constituyan un medio de defensa implica en el fondo reconocer que *“existe, en efecto, una diferencia sustancial entre el examen de testigos y peritos y el del procesado, ya que la declaración de éste último, es un medio de defensa, una ocasión que la ley les da de tomar posición frente a la acusación y las pruebas de que ésta se valga, y no un medio de fijar objetivamente la verdad”*.³⁴⁷

Sobre este particular, **BINDER**³⁴⁸ sostiene que *“Si el imputado es sujeto del proceso, su declaración constituirá, fundamentalmente, un medio de defensa. Dicha declaración es uno de los modos por medio de los cuales se expresa uno de los sujetos del proceso. Y no — quede bien en claro— un medio para obtener información de una fuente que, en este caso, viene a ser el propio imputado. Por lo tanto, si el imputado desea, voluntariamente, hacer ingresar información al proceso, ése es otro problema. Y esa información sí puede ser utilizada. Pero la declaración del imputado no puede ser, en modo alguno, un medio para obtener información. Es, por el contrario, el medio por el cual este sujeto debe defenderse”*.

Por esta posición, están en España, entre otros **CUERDA ARNAU y MUÑOZ CONDE**, ambos citados por **DÍAZ PITA**, indicando ésta última autora que serían dos los fundamentos que tendrían los citados autores para negarle el carácter de medio de prueba a las declaraciones inculpatórias de los coimputados: así señalan *“que aquéllas no son aptas para entender destruido el derecho de presunción de inocencia, de un lado, cuando siendo únicas no resultan corroboradas por otros medios de prueba y, de otro, porque el hecho de que el coimputado no tenga obligación de decir verdad en atención al derecho al silencio que le otorga el artículo 24.2 de la Constitución que constituye una especie de “carta en blanco” que le permite mentir con absoluta impunidad”*.³⁴⁹

Por último, existe esa otra posición intermedia que le otorgaría el mérito de una prueba testimonial a las declaraciones de los coimputados, en la parte en que ellas se refieran a

347 Nota: **DÍAZ PITA**, María Paula, en Ob. Cit. Pág. 405, citando a **HERCE QUEMADA V.** en “Derecho Procesal Penal”, Madrid 1984, págs. 268 y 269.

348 **BINDER M.**, Alberto, Ob. Cit. pág. 331

349 **DÍAZ PITA**, María Paula, Ob. Cit. Págs. 344 y 345.

otros coimputados, en tanto, constituirían siempre un medio de defensa, en la porción de la declaración que se refiera a su propia participación.

Uno de los problemas que se plantearán entonces sobre este aspecto, dirá relación con la interpretación que se haga del artículo 340 del Código Procesal Penal, en efecto, si la sola confesión no sirve para acreditar participación – cuando no existan otros elementos foráneos de prueba que la confirmen -, nos preguntábamos en el apartado anterior 1.3.1.1.1. de este mismo capítulo - si la declaración inculpatoria de un coimputado bastaba como elemento foráneo de cargo ajeno a la propia confesión cuando el coimputado que era sindicado, guardaba silencio o negaba la imputación del codelincuente - , optando por restarle todo mérito probatorio a este elemento de la incriminación en tal caso.

Ahora veremos qué ocurre en una situación distinta, esto es, cuando dos coimputados confiesan su propia participación y a la vez, se inculpan mutuamente, avalando de esa manera sus propias confesiones.

El caso es el siguiente:

El coimputado A inculpa a su coimputado B.

El coimputado A confiesa su propia participación.

El coimputado B confiesa su propia participación.

El coimputado B inculpa a su coimputado A.

No hay elementos probatorios foráneos a las propias confesiones de A y B, más que las solas incriminaciones mutuas que acrediten sus respectivas participaciones.

Sabemos que si el coimputado A confiesa su participación – bajo la luz del artículo citado, eso no bastaría para acreditar su respectiva participación en el hecho punible –, lo mismo regiría para el coimputado B.

Sin embargo, en el caso propuesto, tanto A como B se inculpan recíprocamente. Entonces, nos preguntamos, si ¿bastarán estas inculpaciones mutuas como elemento foráneo de prueba para condenar, aparte de las propias confesiones?

Mi opinión, en este caso está también por la negativa, pues no podría dividirse tan simplemente la norma del artículo 340 referido. Explicando, señalo que si la confesión no basta para acreditar la propia participación, cómo entonces, bastará en esa parte de la declaración en que se inculpa a otro para condenarlo.

Por ello, las legislaciones extranjeras, principalmente la española, para darle valor probatorio de cargo a estas declaraciones de coimputados, analiza su credibilidad a la luz de la existencia o inexistencia de determinados factores que enumeran, situación que es seguida también en Perú.

Por eso, con respecto a la declaración de hechos que le son ajenos (porque se refieren al coimputado y no a ellos mismos), tales asertos pueden ser valorados como se hace con la prueba testimonial, empero, respecto de los hechos propios, cabría sostener que siempre es un medio de defensa y no podría valorarse en un pie de igualdad a la prueba testimonial, sino que habría que tener presente los factores a que alude **MIRANDA ESTRAMPES**, en la porción de su declaración en que se refiere al coimputado.

Cabe añadir por último, que no bastaría con la sola incriminación del coimputado para condenar, sino que siempre sería menester, una probanza distinta de aquella para lograr tal convicción, independiente de que el coimputado que es incriminado por otro guarde o no silencio.

El motivo de lo anterior, en mi opinión, radicaría en la sospecha inicial que siempre debería tenerse de tal testimonio incriminatorio del coimputado, porque el análisis de la concurrencia o falta de los factores que alega **MIRANDA ESTRAMPES** debieran ser tomados en cuenta, dado que habría poca fiabilidad de que esa información sea verdadera, por ello debería antes pasar este tamiz previo, como una especie de depuración de la misma, para si solo ante la ausencia de tales parámetros negativos, pudiera pensar en valorarse aquella declaración incriminatoria del coencartado como elemento de cargo.

Sin embargo, en mi opinión lo anterior no bastaría para condenar, siempre requeriré de una probanza inculpatoria anexa, que no provenga de los únicos atestados del coacusado.

En síntesis, con la versión inculpatoria del coimputado, en mi opinión, sin otro elemento foráneo de prueba que confirme tal versión, no cabría condenar.

1.4.1.2.- Para declaraciones presenciales voluntarias de coimputados, al amparo de lo preceptuado en el artículo 338 del Código Procesal Penal.

La declaración que preste un coimputado en la oportunidad procesal antedicha, no constituiría una declaración formal del coimputado, en los términos previstos en el artículo 326 del Código Procesal Penal. En efecto, son sólo las últimas palabras del enjuiciado, se prestan después de que se ha rendido la prueba y no están sujetas al contradictorio, es decir, no existe la posibilidad de que el coimputado sea interrogado por las partes. La norma del artículo 338 señala escuetamente; *"Por último, se otorgará al acusado la palabra, para que manifestare lo que estimare conveniente"*.

Para el caso de que aquél manifieste su voluntad de declarar, el Tribunal puede optar por dos caminos; uno, señalarle que no es la oportunidad para ello, lo que contraría, en mi opinión su derecho a ser oído en cualquier etapa del juicio, por ende, si es así, el Tribunal

debiera pasarlo al estrado y permitir que declare bajo la modalidad del artículo 326 del Código Procesal Penal y luego, permitir el interrogatorio de las partes; y dos; indicarle que si desea prestar declaración, podrá ser interrogado por las partes. ³⁵⁰

En suma, la declaración final que haga un coimputado en la oportunidad prevista en el artículo 338 del Código Procesal Penal, no puede ser valorada por el Tribunal, porque no está sujeta al contradictorio.

1.4.1.3.- Para declaraciones presenciales no voluntarias de coimputados, dadas en sede de juicio oral como testigos.

Se verán en seguida, todas aquellas posibilidades en que un coimputado declara ante un tribunal del juicio oral, como testigo de cargo de la fiscalía o de descargo de la defensa, pues ha sido citado en calidad de testigo, en consecuencia, debe entenderse que declara no en su propio juicio, sino que en el del coimputado.

Se hace presente que en estos casos, será importante para el Tribunal del juicio, saber si aquél "testigo-coimputado" tiene ya una solución procesal de su propia situación en los hechos motivo del juicio de su coimputado, o si bien aquella está pendiente.

Sabemos que se pueden separar aguas en relación a coimputados, es decir, el fiscal puede presentar acusaciones separadas para coimputados, también puede ofrecerles a otros un procedimiento distinto, como el abreviado o bien, puede negociar con algunos una salida alternativa. En todos estos casos, llegará al juicio sólo un coimputado, pues el otro pudo haber sido ya condenado o absuelto en un juicio oral distinto, o en procedimiento abreviado, o puede haberle sido otorgado un beneficio alternativo, como un acuerdo reparatorio o bien una suspensión condicional del procedimiento.

350
página.

Nota: véase jurisprudencia de la ICA de Santiago, Rol 34-2007 de fecha 20 de Febrero de 2007, en cita 271 de pie de

1.4.1.3.1.- Como testigo de la Fiscalía

Si la fiscalía presente a un coimputado a declarar en un juicio distinto al suyo, en calidad de testigo, en mi opinión, el Tribunal, a efectos de realizar una correcta valoración de tal testimonio debería tener presente previamente lo siguiente:

Primero; saber si tiene pendiente o no su situación procesal por los mismos hechos que se juzga a su coimputado.

Lo anterior, por lo siguiente: si el coimputado ha acordado una salida alternativa como las dos señaladas anteriormente (acuerdo reparatorio o suspensión condicional del procedimiento) y ellas están aún pendientes, es decir, a su respecto no se ha dictado aún sobreseimiento definitivo, en mi opinión, su situación procesal no cambia a la de un simple testigo, sino que, aún mantiene la calidad de imputado, dado el tenor del artículo 7 del Código del ramo y, en ese evento, no podría tomársele juramento. En cambio si ya se ha dictado sobreseimiento definitivo y aquél está firme o ejecutoriado, ha dejado de ser imputado y puede juramentársele.

Esto será importante, dado que si el sujeto sabe de antemano que si se descubre que ha faltado a la verdad y está bajo juramento o promesa de decir la verdad, puede ser perseguido por la comisión del delito de falso testimonio prestado en juicio criminal. En cambio, si el sujeto es sólo exhortado a ser veraz y no se le toma juramento o promesa previa, no puede ser perseguido luego criminalmente y sabrá que si miente, por ello no acarrea problema alguno.

Sobre el particular **CARBONELL MATEU** ³⁵¹ señala, *“Mayores problemas se plantean, sin embargo, cuando la declaración es la única prueba de cargo existente. Recuérdese que la delación proporciona al sujeto claras ventajas procesales y penales. Y que, en nuestro Derecho, aunque la cuestión sea muy matizable, no resulta descabellado hablar del reconocimiento de un cierto “derecho a mentir” al imputado: Al menos, su mentira carece de consecuencias negativas de ningún tipo, no se le pide juramento de verdad alguno y, por consiguiente, no puede incurrir en falso testimonio. Puede callar, o declarar parcialmente sólo cuanto le beneficie. Puede, en suma, inventar. Por eso, su declaración no puede, en modo alguno, bastar para destruir por sí sola ninguna presunción de inocencia. Olvidar eso es abandonar los más elementales principios del Estado de Derecho”*.

Por otro lado, si aquél ya fue juzgado en otro procedimiento ordinario (juicio oral) o bien en un abreviado, habrá que saber cuál fue el resultado de esos juicios, es decir, si

351 CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *“Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”*, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001 pág. 143, en vínculo de internet http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20y%20la%20banalizacion%20de%20la%20legalidad.pdf, visitado el 6 de enero de 2010.

fue absuelto o condenado. Sólo en el evento de que haya sido absuelto y su sentencia esté ejecutoriada, en mi opinión se le podrá juramentar, pues ahí sí que ha dejado de tener la calidad de coimputado.

Por el contrario si ya fue condenado y su sentencia no está cumplida aún, sigue siendo un imputado en los términos del artículo 7 del citado cuerpo legal y no se le podría juramentar.

Segundo; averiguar sobre su exacta situación procesal al momento de prestar declaración, también será importante para determinar si aquella fue o no condicionada a la salida alternativa o procedimiento abreviado.

Explicando, señalo que al coimputado se le puede haber ofrecido como condición de un procedimiento abreviado o bien de una salida alternativa, el hecho de que deberá comparecer posteriormente como testigo de cargo de la fiscalía.

Imagino que la imposición de condiciones semejantes no debieran ocurrir, Sin embargo, ello no puede descartarse sin más. Incluso, en el evento de que realmente nada se le diga al “testigo” al momento de ofrecérsele una salida alterna o bien un procedimiento abreviado (que tiene un tramo acotado de pena), una vez que aquél sea citado como testigo de cargo de la fiscalía pudiera verse el mismo, comprometido con la opción de la fiscalía, sin que se le pida.

En suma, serán testigos de cargo, comunes y corrientes, sólo los coimputados que tengan ya una solución procesal a su conflicto (que será el mismo de su coimputado), a ellos se le podrá juramentar y perseguir luego, si es que faltan a la verdad por el delito de falso testimonio prestado en juicio criminal.

Respecto de los demás, esto es, los “coimputados-testigos” que no tienen solucionada su situación procesal al momento de declarar, continúan siendo coimputados, no se les puede juramentar y se les aplica en todo lo mismo que a los coimputados que declaran en el mismo juicio de su coencartado en lo referente a su valoración y el tema de fondo entonces, será el de su credibilidad.

1.4.1.3.2.- Como testigo de la Defensa

Si son citados como testigos de descargo por la defensa, no veo razón alguna como para hacer diferencias en cuanto a la situación anterior, es decir, habría que indagar por su propia situación procesal al momento en que prestan declaración y el tema de fondo radicará en su credibilidad de su versión exculpatoria, pues no tendría sentido de que depusieran de manera distinta, ya que fueron “testigos-coimputados” presentados por la defensa.

1.4.2.- En lo tocante a declaraciones no presenciales de coimputados.

En los apartados siguientes, se verá lo referente a las declaraciones de coimputados, vertidas por otros sujetos (testigos) en el marco de un juicio oral, en el fondo se trata del valor que tendrán las declaraciones de oídas de dichos testigos, acerca de lo que le escucharon decir al coencartado, y ello lo deponen en el juicio oral.

1.4.2.1.- Es llevada a juicio por un testigo de oídas

La norma que aplica a estos testigos de oídas, es la del artículo 309 parte final del Código Procesal Penal, que admite, sin bagajes estos testimonios.

Para un mejor análisis hemos considerado apartados distintos según quién sea el testigo de oídas que escuche el relato y posteriormente lo lleve al juicio oral.

1.4.2.1.1.- Es un agente de policía

El policía está facultado, por cierto, para escuchar la versión que un coimputado otorgue, respecto de la participación en los hechos investigados, de otro coimputado. Sin embargo, hay que hacer algunas precisiones previas, para valorar correctamente esta declaración.

Cabe recordar que la regla general es que los coimputados presten declaración sólo ante el fiscal, excepcionalmente aquél puede delegar en la policía tal facultad. Autónomamente aquéllos sólo pueden limitarse a constatar la identidad del sujeto como previene el artículo 91 del Código Procesal Penal.

En consecuencia, para admitirse luego los testimonios de estos policías, habrá que indagar sobre las condiciones en que aquella se prestó.

1.4.2.1.1.1.- se trata de una declaración espontánea o natural del coimputado ante un policía

Si un coimputado da una declaración espontánea o natural ante un policía, antes de que aquél siquiera alcance a advertirle de su derecho a guardar silencio, en mi opinión no podría declarar luego – el policía - sobre tal versión, ni aún alegando que el no propició aquello y que el coencartado simplemente le narró unos hechos.

Un correcto actuar policial debería significar que una vez que comienza a escuchar tal relato, sin la advertencia de derechos previa, debería finalizarlo y advertirle al sujeto que le refiere los hechos, de su derecho a guardar silencio y que, además, debe contar con un abogado, sólo si es advertido de lo anterior y está su abogado defensor y así y todo desea declarar, no habría problema para llevar tal declaración posterior al juicio, mediante el mecanismo del testigo de oídas – policía – que escuchó tal declaración.

Ahora, si declara en las condiciones anteriores, esto es, sobre lo que escuchó decir al coimputado sobre sí mismo o sobre otro coimputado, sin advertencia previa de sus derechos, el tribunal oral podrá valorar negativamente tales asertos, pues se han incorporado a juicio sin los resguardos legales mencionados.

1.4.2.1.1.2.- se trata de una declaración voluntaria autónoma del coimputado ante un policía

Si como adelantamos, el coimputado le manifiesta al policía su deseo de declarar ante él, advertido de sus derechos y en presencia de su abogado defensor, no hay problema para valorar luego la declaración de este policía como testigo de oídas de tal relato y sólo restará analizar el tema de su credibilidad.

1.4.2.1.1.3.- se trata de una declaración voluntaria delegada en el policía por el fiscal, que le da un coimputado

Si el fiscal ha delegado al policía para tomarle declaración al coimputado, es porque se encuentra precisamente en una de las situaciones excepcionales en que puede delegar tal facultad, si ello es así, este testimonio del policía debe valorarse normalmente, sin embargo, debe tenerse presente que proviene en último término del relato de oídas de un coimputado para analizar la credibilidad, no del policía que depone como testigo, sino de quien le confió tal información.

Recordemos sobre este punto, sin embargo, lo ya dicho sobre las “instrucciones particulares o generales” que da el fiscal a un policía para recabar declaraciones de testigos e imputados.

Respecto de éstos últimos, me parece que aquello es una desviación de la norma de la delegación del fiscal al policía, pues la norma legal es bastante clara, sólo ante la imposibilidad de que el fiscal pueda tomarle la declaración al imputado y ante la manifestación voluntaria de aquél de declarar, por razones prácticas el fiscal puede delegar tal facultad, manteniendo su responsabilidad en dicha diligencia. Entonces, en estas delegaciones genéricas no se cumple con ninguno de los dos requisitos anteriores.

En suma, si bien el policía podría declarar como testigo de oídas del relato de un coimputado obtenido en los términos anteriores, el Tribunal no podría valorarlos luego, pues su obtención no estuvo exenta de vicios, a saber, provienen de una delegación del fiscal que excede su marco legal, esto es, es dada con antelación a la fecha en que el coimputado declara, quedando en entredicho que aquél haya accedido voluntariamente a aquella, cuando simplemente el policía va, pregunta por él y lo interroga sin más o bien lo cita a su cuartel con la misma finalidad.

1.4.2.1.1.4.- se trata de una declaración provocada por el agente policial del coimputado

En este caso, no corresponde al Tribunal del Juicio valorar la declaración del policía que escuchó como testigo de oídas un relato del coimputado que obtuvo con vulneración de sus derechos, en alguna de las hipótesis del artículo 195 del Código Procesal Penal, que habla precisamente de los métodos prohibidos de interrogación e investigación.

1.4.2.2.- Es un fiscal o un abogado asistente de fiscal, quien escuchó la declaración del coimputado

Un fiscal podría ser testigo de oídas de lo dicho por un coimputado en su presencia, en un posterior juicio oral, que se siga en contra de otro coimputado, a nuestro juicio aquí también debería tenerse en cuenta, que en último término el relato de oídas viene dado por un coimputado para analizar el tema de su credibilidad, no del fiscal que depone como testigo, sino de quien le dio tal información.

En nuestra opinión, un abogado asistente del fiscal podría ser presentado en juicio como testigo de oídas del relato del coimputado sólo mayor de edad, pues aquél de manera autónoma no tiene la facultad para tomarle declaración al coimputado menor de edad.

1.4.2.3.- Un defensor es quien escuchó la declaración de un coimputado

En el caso del defensor, como ya adelantamos, habría que tener presente la norma del inciso 2° del artículo 304 del Código Procesal Penal, de donde se colige que un defensor puede ser citado como testigo, respecto de lo que él le escuchó decir a un coimputado, siempre y cuando ello no afecte, a su vez, a su cliente o defendido. El tema de fondo en este caso, será simplemente el de credibilidad del relato que le hizo el coimputado al defensor.

1.4.2.4.- Un tercero ajeno o no vinculado al proceso es quien escuchó la declaración de un coimputado

Si se trata de terceros ajenos al proceso y que sean testigos de oídas de dichos de coimputados que incriminen o exculpen a otro coimputado, para ellos no habría ningún problema, sus dichos deberían valorarse siempre. Habría que tener presente eso sí, si es que esos terceros no vinculados al proceso están en alguna de las situaciones previstas en el artículo 302 o en la del inciso final del artículo 305, ambos del Código Procesal Penal, en el fondo se tratará de un asunto de credibilidad.

1.4.2.5.- Un tercero vinculado al proceso por su profesión, escuchó una declaración de un coimputado

En el caso de un tercero, pero que está vinculado al proceso profesionalmente, porque es un perito, por ejemplo, no podría, en mi opinión, llevar al juicio la declaración que le dio el coimputado en el marco de su pericia o actuación profesional, si es que aquél profesional no le advirtió antes al coimputado que tenía derecho a no mencionarle nada, es decir, su derecho a guardar silencio.

Un caso lo constituyen los facultativos médicos, que perfectamente podrían atender a un coimputado y en la anamnesis, podrían inquirir lo que les ocurrió y allí el coimputado pudiera señalar algo sobre el coimputado.

Una situación más clásica empero, es la de los peritos psicólogos o psiquiatras que en el marco de una pericia de un coimputado, éste les relate su versión de los hechos y, en este caso, estimo que si no se advirtió al coimputado sobre su derecho a no declarar, no podrían llevarse luego sus dichos al juicio por estos testigos de oídas, además, tal no es la función de los peritos, pues ellos deponen, simplemente *"en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio"*, tal como reza el artículo 314 inciso 2° del Código Procesal Penal.

1.4.3.- Está contenida en un documento que se lee en el juicio

Pudiere ocurrir también, que la declaración del coimputado esté contenida en un documento que las partes desean llevar al juicio oral.

El artículo 331 del Código Procesal Penal nos habla en el enunciado del artículo de la *"reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral"*, señalando que *"podrán reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones"*

de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos”, que son los cuatro literales que luego menciona.

1.4.3.1.- Se trata de una declaración formal de un coimputado prestada ante un juez de garantía - artículo 331 letra d) del Código Procesal Penal

Para que pueda llegar al juicio una declaración de un coimputado, por medio de su lectura o bien de la reproducción de lo sucedido en la audiencia, es menester que concurran algunos requisitos que ya analizamos.

Sucintamente diremos en este momento, que se trata de coimputados que prestaron declaración ante un juez de garantía, con todas las formalidades legales y que, para el momento del juicio que se le hace a su coimputado, están rebeldes.

Esta declaración del coimputado llevada al juicio por su lectura o por la reproducción del audio o video de lo actuado en la audiencia respectiva ante el juez de garantía, puede y debe ser valorada por el Tribunal y su tema central radicará, simplemente en el de su credibilidad, cabe recordar que a esa declaración debieron asistir los intervinientes y hubo contradicción y habría una inmediación desmejorada, es cierto, que es lo que ocurre en todos los casos del artículo 331, sin embargo, en este caso puntual, tal declaración se prestó ante otro juez.

1.4.3.2.- Se trata de una declaración no formal de un coimputado prestada ante un juez de garantía

Aludimos en estos casos, a esas “especies de declaraciones” que dio el coimputado al acordar salidas alternas o un procedimiento abreviado, pues, en nuestra opinión allí, este coencartado de alguna manera, pudiere estar afectando a su coenjuiciado al acordarlas, si bien reconocemos que de una manera tenue.

1.4.3.2.1.- En una suspensión condicional del procedimiento o en un acuerdo reparatorio

Algunos autores como MATURANA y MONTERO,³⁵² estiman que “la suspensión condicional del procedimiento, que requiere de un acuerdo entre el fiscal y el imputado,

autorizado por el juez de garantía, no importa una admisión de responsabilidad o culpabilidad en los hechos, sino que nada más que la manifestación de voluntad del imputado de aceptar la aplicación de esta salida alternativa”.

Si bien tal aserto es cierto, sólo lo es parcialmente, en efecto, no puede sostenerse que la aplicación de tal salida, que importará siempre una limitación de derechos por parte de quien la acuerda, lo sea gratuitamente, en otras palabras, se acuerda tal salida luego de haber sido formalizado - es decir, cuando al sujeto se le ha comunicado que hay una investigación por un ilícito penal en su contra - y, en tal declaración, perfectamente pudiese incluir a un coimputado.

A efectos de valorar esos elementos, simplemente el tema será el de la credibilidad del coimputado que la acuerda.

1.4.3.2.2.- En un procedimiento abreviado

Aquí la situación, en mi opinión es distinta, dado que normalmente el coimputado que puede aceptar ir a un procedimiento abreviado, y por la mecánica del procedimiento, aquél simplemente acepta los hechos de la acusación. Estos hechos pudieran estar redactados en forma tal, que impliquen en su contenido a un coimputado, en ese evento, ésta sería una especie de imputación hecha por un coimputado en un procedimiento diverso y el fiscal pudiera acompañar tal sentencia a efectos de configurar una agravante, como la de la pluralidad de malhechores o bien, lograr la convicción del Tribunal como ya adelantamos.

La verdad es que el artículo 335 del Código Procesal Penal no ayuda en absoluto para esta situación, dado que no se puede incorporar al juicio oral, cualquiera proposición o acuerdo que verse sobre el abreviado para el imputado correspondiente, sin embargo, si es para otro coimputado, no parece haber problema.

1.4.3.2.3.- En una convención probatoria.

En una convención probatoria, un coimputado perfectamente puede acordar como un hecho de la causa que no necesita prueba, el relativo a su participación conjunta con otro coimputado en un hecho determinado, sin embargo, estimamos que aquella convención probatoria no podría afectar al coimputado que no concurrió a su acuerdo.

1.4.3.3.- La situación del artículo 331 letra c) del Código Procesal Penal

Se trata aquí de la incorporación de la declaración de un coimputado, no de manera presencial, sino que mediante la lectura del documento que la contenga y que fue obtenido en etapas previas al juicio oral, cuando la no presencia en el juicio de ese coimputado sea atribuible o "imputable" como dice el Código al otro coimputado. Ya mencionamos que este numeral no hace distinción del tipo de declaración de que se trate, como en la letra d) del mismo artículo 331, que las limita a las dadas ante el juez de garantía, en este caso, comprende la incorporación de cualquiera clase de declaración previa del coimputado, incluso podría aceptarse la dada ante el fiscal o la policía, pero, en éste último evento, cabría tener presente la norma del artículo 334 del Código Procesal Penal.

La limitante de estas declaraciones irá por dos vías a efectos de su valoración, por un lado la falta de inmediación para el tribunal que las recibe y, por el otro, la falta de contradictoriedad.

DUCE y RIEGO ³⁵³ dan una lectura distinta a la mía sobre esta norma, en efecto, ellos sostienen que *"Lo que aquí la ley pretende expresar es que desde el punto de vista probatorio este coimputado es un testigo de los regulados en el artículo 329. Esto es, el coimputado que declara en contra de otro genera el derecho de éste último a contraexaminarlo y por lo tanto se rige por el artículo 329, porque a su respecto es un testigo. Ese derecho se pierde cuando su incomparecencia es imputable a quien tenía derecho a contraexaminarlo y por lo tanto su declaración se puede reemplazar por una prestada con anterioridad y eso es lo que regula el artículo 331 letra c)".*

Mi apreciación es distinta dado que no estimo que la declaración de un coimputado equivalga a la de un testigo común y corriente, varias son las diferencias entre ambas clases de testimonios, como ya quedó sentado en este mismo capítulo.

Coincido eso sí que se trata de una especie de sanción, respecto del coenjuiciado que con una actuación, que le es "imputable" no permita que el coencartado o coimputado esté presente en el juicio declarando de manera presencial lo que el otro hizo o no hizo, por eso, ante esta ausencia se permite, vulnerando algunos principios del sistema como la contradictoriedad y la inmediación, dar lectura o reproducción a esa declaración anterior del coimputado.

353 DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián, Ob. Cit. Pág. 473

1.4.3.4.- La situación del artículo 331 letra b) del Código Procesal Penal

Por último, en la situación de este literal, pudieren incorporarse, previa aquiescencia del Tribunal, declaraciones previas de coimputados, sin limitar su origen, esto es, sí son judiciales o extrajudiciales, cuando todas las partes lo acuerden.

Aquí el tema de la valoración también vendrá dado por la falta de intermediación y por la falta de contradicción de la declaración misma.

1.5.- ¿La declaración de coimputados es un asunto de libre valoración?

Recapitulando ideas generales, señalé que el tema de la valoración de las declaraciones de coimputados, en nuestro sistema no está regulado directamente, es decir, no se ha señalado por la ley, puntualmente cómo deben valorarse por los jueces sus asertos.

Pues bien, el legislador no podía decirlo de manera alguna, ante un sistema de libre valoración de la prueba como el que se recoge en el artículo 297 del Código Procesal Penal que señala: *"Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados"*.

Lo anterior significa para nuestra jurisprudencia³⁵⁴ lo siguiente: *"toda sentencia criminal debe exhibir un saber forjado por el tránsito procesal, que hunde sus raíces en la convicción adquirida por el juzgador, respetando las garantías constitucionales que irradia el Estado de Derecho, por lo que los jurisdicentes deben razonar y exponer los fundamentos en que se apoya, justificar con rigor intelectual la corrección de la decisión adoptada, fijar los hechos y establecer el derecho aplicable. Sobre este punto el jurista Jerzi Wroblewski distingue dos planos dentro del área de la justificación: "uno interno, del que debe resultar que existe una relación de coherencia entre las premisas que vertebran la sentencia y la conclusión. Y otro externo, que mira a asegurar la racionalidad probatoria en la fijación de las premisas fácticas. Esta, es cierto, se produce en un marco de libre valoración, pero bien entendido que, en este caso, libertad sólo quiere decir proscripción de la prueba tasada. El juez, en la apreciación de la prueba, es libre*

354 Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4617-2010, de fecha 4 de octubre de 2010, extraída de vínculo internet visitado 4 enero de 2011: <http://www.westlaw.cl/maf/app/document?srguid=i0ad6007a0000012d515efc9516ad17fc&src=search&context=6&crumb-action=append&ststate=&bchistory=&td=&docguid=i19DECB6D9EE3075C5EA581F0FFEEBF15&rs=&epos=6&page=0&linktype=ref&bctocguid=&spos=&snippets=true&vr=> Cita Westlaw Chile: CL/JUR/7977/2010.

frente al legislador, por decisión de éste, pero no lo es para operar al margen de lo sucedido en el juicio ni de espaldas a los criterios habituales del operar racional" (Jerzi Wroblewski: "Sentido y hecho en el derecho", trad. de J. Igartua Salaverria y F. J. Ezquiaga Ganuzas, Universidad del País Vasco, San Sebastián, año mil novecientos ochenta y nueve, página 178). Así, motivar la decisión sobre los hechos quiere decir elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en la litis. Y, como se ha anticipado, el correspondiente deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión y a dotarla de la necesaria transparencia, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el terreno previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo. Luego se añade: "Que en este predicamento, esta magistratura ha señalado con antelación que: la nueva legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces que conocen y resuelven en definitiva en juicio oral un trabajo de elaboración meticuloso y cuidadoso en la concepción de sus sentencias. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieran por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297. Esta norma, si bien es cierto ha facultado a los tribunales para apreciar la prueba con libertad en abierta y franca discrepancia con el sistema probatorio tasado del sistema inquisitivo, lo ha hecho en el entendido que los tribunales no pueden en modo alguno, como primera limitante, contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y luego exige que para hacer esa valoración el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba, únicos o plurales, por los cuales se dieren por probados cada uno de los hechos y circunstancias atinentes a la litis" (SCS, N.ºs. 964 " 03 y 1743 - 03, de doce de mayo y dos de julio de dos mil tres)".

Entonces el tema de la libertad en la valoración de las declaraciones de coimputados, en principio no admite duda de ninguna especie, pues no hay reglas tasadas respecto a tales asertos, al momento de valorarlos por el Tribunal.

Empero, estimo que el artículo 295 del Código Procesal Penal ya nos adelanta algo, al señalarnos que "Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley".

En consecuencia, previo al tema de la valoración misma de la declaración, en mi parecer se deberá examinar por un lado, cómo se produjo esa declaración y luego, cómo se pretende incorporar ella en el juicio, estudiados estos dos aspectos previos, recién podremos entrar al análisis de su valoración.

Ya desde antaño se ha manifestado desconfianza respecto de las declaraciones de los coimputados, eso no ha variado hoy día en mi opinión, máxime cuando ahora en un sistema de libre valoración no puede desdeñarse como en el sistema procesal de antaño sus

asertos por una causal de tacha o bien, determinar su exacto contenido mediante el instituto de los careos.

La natural desconfianza que reviste la declaración de un coimputado, viene dada, como señala DÍAZ PITA ³⁵⁵ por los criterios que los autores en la doctrina han citado “*para negar a la propalación de un coimputado la naturaleza jurídica de testimonio*” y que serían los siguientes: “1) *Que a diferencia del testigo, el coimputado no es ajeno a los hechos que se debaten en el proceso (criterio de la ajenidad al hecho); 2) Que el coimputado tiene un evidente interés en el resultado del proceso (criterio del interés); 3) Que el coimputado es parte en el proceso y, por consiguiente, al ocupar la posición de imputado no pesa sobre él la obligación de decir la verdad propia del testigo, no puede recibírsele promesa o juramento en tal concepto y, por ende, no puede ser perseguido por un delito de falso testimonio si depone falsamente (criterio de la alteridad respecto de los sujetos que intervienen en el proceso)*”. La autora citada rechaza los dos primeros criterios.

Pues bien, hoy ante la falencia de esos institutos – o herramientas procesales – tales como el careo y las causales de tacha, que en parte pretendían atacar los criterios naturales de desconfianza acerca del relato del coimputado, no resulta disparatado pensar en una valoración más exhaustiva, pero no por eso menos libre o tasada de la prueba, aplicando filtros previos para tamizar tal declaración del coimputado y sí, sólo es posible traspasar aquella barrera, sólo en ese evento podría considerarse aquella como apta para valorarla a favor o en contra del coencartado.

Los criterios de verificación nacen en España al seno de la jurisprudencia, o bien del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional español. Aquellos se preguntaron si las manifestaciones de los coimputados, por sí solas pudieran ser aisladamente consideradas como prueba apta de cargo o, si por el contrario, era preciso que concurrieran otras pruebas que confirmaran su credibilidad o fiabilidad. Como sostiene DÍAZ PITA, ³⁵⁶ sí bastaría con la credibilidad intrínseca o subjetiva de aquellas declaraciones, o si sería necesario apreciar, además, una credibilidad extrínseca o subjetiva.

DÍAZ PITA ³⁵⁷ cita los siguientes criterios de verificación del relato del coimputado, dividiéndolos en:

A) Criterios de verificación intrínsecos o subjetivos negativos, dentro de los cuales se comprenderían los siguientes:

1) La personalidad del delator; aquí FLORES PRADA citado por DÍAZ PITA ³⁵⁸ señala que “*parece lógico pensar que, tratándose de determinar la credibilidad de una*

355 DÍAZ PITA, María Paula, Ob. Cit. Págs.391 y siguientes

356 Ibid., pág. 419.

357 Ídem cita anterior.

declaración, sirva esta circunstancia para elaborar una imagen de quien declara: rasgos del carácter, antecedentes penales, edad, formación, propensión a la delincuencia, etc.". También cita a CUERDA ARNAU quien agrega "la presencia de posibles patologías psíquicas que demuestren una propensión a la mentira como índice de la personalidad del coimputado".

2) Relaciones que, precedentemente, mantiene el coimputado que delata con el designado como interviniente o infractor; en este caso FLORES PRADA citado por DÍAZ PITA ³⁵⁹ señala que "las relaciones de parentesco, de obediencia profesional, relaciones afectivas, relaciones entre los miembros de grupos de criminalidad organizada o las de carácter contractual, financiero u obligacional pueden conducir a deducir datos de interés que arrojen cierta luz sobre la motivación que debe ser apreciable en el sentido de la declaración".

3) Presencia de móviles espurios; como tales DÍAZ PITA ³⁶⁰ menciona "específicamente, el odio personal, la obediencia a tercera persona, la venganza, el resentimiento y el soborno policial y judicial mediante o a través de una sedicente promesa de trato procesal o penal más favorable".

4) El ánimo de autoexculpación, como señala FLORES PRADA citado por DÍAZ PITA, ³⁶¹ "el ánimo de exculpación ha de considerarse como un dato más al valorar la credibilidad de la declaración del coimputado. Se trata de una circunstancia que abre un amplio campo de combinaciones sin que, en ninguno de los casos se pueda extraer un rechazo de plano de la veracidad de las manifestaciones del coimputado".

B) Criterios de verificación intrínsecos o subjetivos positivos, que abarcaría los siguientes:

1) La reiteración de la declaración inculpatoria; BEVERE citado por DÍAZ PITA, ³⁶² lo define "como la repetición de la acusación por parte del imputado en varias declaraciones prestadas en el curso del procedimiento".

2) Carácter de la declaración; del criterio anterior se deriva, según DÍAZ PITA, ³⁶³ "la exigencia de que tales declaraciones haya sido precisa, segura, espontánea, unívoca y coherente, factores a los que la doctrina italiana agrega los de lógica y articulada".

c) Criterios de verificación extrínsecos u objetivos

358 DÍAZ PITA, María Paula, Ob. Cit. Págs. 423.

359 Ibíd., págs. 426 y 427.

360 Ibíd., págs. 432 y 433.

361 Ibíd., págs. 436.

362 Ibíd., págs. 440.

363 Ibíd., págs. 451.

Nacen en el seno de la legislación italiana al decir de DÍAZ PITA,³⁶⁴ con el artículo 192 del C.P.P. apartados 3º y 4º. El primero de ellos dispone: *"Las declaraciones realizadas por los coimputados por un mismo delito, o por persona imputada en un procedimiento conexo a tenor de lo dispuesto en el artículo 12, se valorarán conjuntamente con los demás elementos de prueba que confirmen su credibilidad"* y esto es lo que ha sido recogido en la jurisprudencia y doctrina española. Añade la autora citada, que una sentencia del TS español de 16 de diciembre de 1986 *"pasa a constituirse en el más claro precedente en la exigencia de verificaciones extrínsecas al señalar categóricamente que el órgano judicial no debe, de un modo rutinario o sistemático, fundar una resolución de condena sic et simpliciter en la mera acusación de un coprocesado"*.³⁶⁵

Ante la exigencia de los referidos criterios de verificación intrínsecos y extrínsecos propuestos por la jurisprudencia española (más adelante se verá que también lo hace la jurisprudencia peruana), autores como FLORES PRADA, citado por DÍAZ PITA,³⁶⁶ se han preguntado si *"...esta postura no afecta al principio de libre valoración de la prueba o, dicho en otras palabras, si con ello no convierte el Supremo la declaración de coimputado en una suerte de prueba legal o tasada"*.

Sobre el particular hay dos posturas doctrinales según DÍAZ PITA,³⁶⁷ por un lado, está la *"de aquellos que estiman que el TS español se ha excedido en sus funciones quebrantando, por tanto, el principio de la libre valoración de la prueba y olvidando que tal valoración no está amparada por el derecho de presunción de inocencia, creando así una prueba de valoración tasada; y la de aquellos otros que consideran que el TS español al fijar criterios de verificación de las declaraciones inculpatorias de los coimputados no por ello entra a valorar la prueba, sino que simplemente lleva a cabo una suerte de control objetivo que tiene como exclusiva finalidad la de determinar si la propalación constituye o no prueba de cargo suficiente para destruir el derecho de presunción de inocencia"*.

Según DIAZ PITA,³⁶⁸ *"en el ámbito de las declaraciones inculpatorias de los coimputados, resultaría que el órgano judicial habría de efectuar dos actividades distintas y complementarias entre sí, en orden a constar si aquéllas poseen o no virtualidad suficiente para fundamentar la condena del sujeto contra el que se declara"*.

La citada autora señala que para ello habría que determinar a priori si esas propalaciones inculpatorias constituirían o no verdaderas pruebas, a efectos de superar la barrera de la presunción de inocencia, lo que supondría controlar si tales declaraciones inculpatorias han sido prestadas con observación de todas las garantías procesales y si de ella

364 DÍAZ PITA, María Paula; Ob. Cit. Pág. 457.

365 *Ibid.*, págs. 463.

366 *Ibid.*, págs. 471.

367 *Ídem* cita anterior.

368 *Ibid.*, págs. 480.

cabe inferir verdaderos elementos de cargo. En suma, en Chile equivaldría a analizar tal declaración al amparo de la norma del artículo 295 del Código del ramo, es decir, determinar si la "prueba" de cargo, consistente en la declaración del coimputado fue obtenida con observancia de todos los derechos que a aquél le asisten como un imputado más y luego, si ella fue introducida al juicio de la manera o en las hipótesis que previene el legislado; recién realizado tal examen preliminar podrá analizarse sí, además, aquella constituye o no un elemento de cargo a considerar en contra del otro enjuiciado.

Lo anterior nos lleva forzosamente a preguntarnos si en Chile podríamos aplicar los criterios de verificación del relato del coimputado, si es que consideramos que lleva inmerso un contenido incriminador, pues cabe recordar, que tales asertos podrían ser también exculpatorios.

Según DÍAZ PITA,³⁶⁹ en España, "en el ámbito de las declaraciones inculpatorias de los coimputados, resultaría que el órgano judicial habría de efectuar dos actividades distintas y complementarias entre sí en orden a constar si aquéllas poseen o no virtualidad suficiente para fundamentar la condena del sujeto contra el que se declara".

La primera de ellas "supondría llevar a cabo un control sobre si las citadas declaraciones incriminatorias han sido prestadas con observación de todas las garantías procesales y si de ella cabe inferir elementos incriminadores o de cargo" y la segunda operación "sería llevar a cabo la valoración del resultado arrojado por la práctica de este medio de prueba", añadiendo la autora "Y es, precisamente, en este segundo momento, informado por el principio de la libre valoración de la prueba, en que el juzgador habrá de determinar la credibilidad que le ofrece el contenido de la declaración, para lo cual podrá recurrir a los criterios de verificación tanto intrínsecos como extrínsecos propuestos por el Tribunal Supremo".

En mi opinión, en Chile un juez perfectamente podría analizar, al momento de valorar la declaración de un coimputado, la existencia o inexistencia de los llamados criterios de verificación del relato del coimputado, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sin caer en ello, en una especie de prueba reglada o tasada.

En efecto, en el llamado sistema de sana crítica o "persuasión racional" como lo llama CERDA SAN MARTÍN³⁷⁰ "la correcta aplicación de los parámetros de sana crítica y la adecuada motivación de las conclusiones probatorias acarrea el efecto de que las decisiones judiciales no resulten puros actos de voluntad o frutos de meras impresiones de los jueces, sino que sean consecuencia de la consideración racional de las pruebas, exteriorizada como una explicación racional sobre por qué se concluyó y se decidió de esa manera (y no de otra),

369 Ídem cita anterior.

370 CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo: "Valoración de la prueba. Sana Crítica". Editorial Librotecnia, 1ª edición, agosto de 2008, págs.28 y 29



explicación que deberá ser comprensible y compartible por cualquier tercera persona, también mediante el uso de la razón”.

Lo anterior, en el caso de la declaración del coimputado importará por cierto señalar las razones de credibilidad o incredibilidad que le asignamos a esos asertos, en efecto, no bastará con señalar que por tratarse de un coimputado, al declarar en contra de otro le deberemos creer menos y, por el contrario más, si lo exculpa, simplemente por tratarse de un coencartado.

Estimo que para llegar a buen puerto en este tema, resulta fundamental dar por sentado que, aparte del dato inculpativo del coacusado, examinado ya con los criterios de verificación de tal relato, la prueba del juicio debe aportar algún otro antecedente que corrobore, aunque mínimamente tales asertos,³⁷¹ como bien sostiene la sentencia del STC español 115/1998 que afirma: *“así pues, a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento al proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de la libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a la declaración del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia”.*³⁷²

1.6.- La cuestión de la eficacia de las declaraciones de los coimputados para los jueces

Se analizó en el capítulo IV de esta tesis, la posibilidad que tienen los intervinientes para excluir la declaración de coimputados en juicio, dependiendo de la persona que sea llamada a prestar tal declaración en estrados, pasando desde otro coimputado, hasta un fiscal, defensor o tercero que tenga o no relación con el proceso, o bien, cuando ella conste

371 Nota: BACH FABREGÓ, Roser; Cuestión 11: ¿Cuál debe ser el alcance de la prueba de corroboración de la declaración inculpativa del coimputado? En “99 Cuestiones Básicas Sobre la Prueba en el Proceso Penal”, *Bloque I: El inculpativo como fuente y medio de prueba*. GRUPO DE INVESTIGACIÓN PENAL: Roser Bach Fabregó, Salvador Camarena Grau, Juan Igartua Salaverría, Juan José López Ortega, Manuel Miranda Estrampes, Jaime Moreno Verdejo, María Poza Cisneros, José Manuel Sánchez Siscart, Javier Hernández García (Director); Trabajo facilitado en archivo Word a este tesista por el Dr. Manuel Miranda Estrampes, la autora señala que en un principio no se definió lo que debe entenderse por corroboración citando al efecto tres sentencias que indican: STC 68/2001 *“Ni tampoco hemos procedido a definir qué deba entenderse por “corroboración”, más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa que pueda estimarse corroborada. Por eso, todo lo que hemos exigido es que la declaración quede “mínimamente corroborada” (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que añadida a la declaración del coimputado “algún dato que corrobore mínimamente su contenido”, dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración”*. En seguida añade que mediante sentencia del Tribunal Supremo, la STS de 23 de junio de 2003 en la que afirma que *“corroborar es dar fuerza a una imputación con otros datos que no figuran incluidos en la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato empírico, que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en la fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contenido, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente”*; págs. 109 y 110.

372 BACH FABREGÓ, Roser, Ob. cit. pág. 109.

en un antecedente documentario, que incluso puede ser extra proceso, como es el caso de las declaraciones de coimputados en sede administrativa.

En relación con la exclusión probatoria, debe tenerse presente en nuestro país, que tales alegaciones pueden sólo manifestarse en una instancia, esto es, ante un juez de Garantía, en la audiencia intermedia o de preparación de Juicio Oral y fundada, para este caso, en la norma del inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal, es decir, que *“provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas”* y/o *“que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”*.

Si se tratare de prueba de cargo del ente persecutor fiscal, pudiera la contraparte (defensa) alegar sobre su exclusión. Sobre ella deberá pronunciarse el juez de Garantía y aquí pueden suceder sólo dos cosas:

Uno) que el juez de Garantía acoja la tesis de la defensa, caso en el cual dicha prueba no debería incorporarse en el auto de apertura del juicio oral. Ante tal situación, la fiscalía podría de conformidad a lo prevenido en el artículo 277 inciso penúltimo del Código Procesal Penal, ³⁷³ apelar de dicha resolución ante la ltma. Corte de Apelaciones respectiva, la que a su vez puede confirmar la resolución del juez de garantía y de esa manera excluir tales probanzas o bien revocar tal decisión, caso en el cual, esa prueba ofrecida pasará al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal; y

Dos) no hacer la defensa alegación alguna sobre exclusión probatoria, caso en el cual aquella prueba ofrecida se incorporará al auto de apertura del juicio oral.

Luego, para el evento de que la Corte revoque la resolución del juez de Garantía que excluía tales probanzas o bien, para el caso de que no se hiciera alegación de la misma en la audiencia precitada, tales probanzas llegarán al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Lo anterior importará señalar que como vías de acceso al juicio del relato del coimputado tenemos dos grandes subclasificaciones, la presencial y la no presencial, como ya se ha analizado en el capítulo V de esta tesis.

A su vez la presencial puede ser prestada por el coimputado en el mismo juicio de su coencartado o bien en un juicio diverso.

373 Nota: en lo pertinente el artículo 277 del CPP señala: *“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos”*.

Por otro lado, la no presencial, puede llegar a juicio por la vía del relato de un testigo de oídas, que a manera ejemplar dividimos en cuatro grupos, policías, fiscales o asistentes de fiscales, defensores y terceros.

También puede suceder, que de manera no presencial llegue a estrados el relato del coimputado que conste en documentos que le lean en estrados y aquí las subdividimos a su vez en declaraciones formales ante el Juez de Garantía, no formales, prestadas ya sea en la fase de investigación o intermedia y finalmente, la situación de la letra c) del artículo 331 del Código Procesal Penal.³⁷⁴

Aquí es donde estimo que el Tribunal del Juicio debe, en primer término tener presente la norma del artículo 295 del Código Procesal Penal y determinar en primer lugar cómo o de qué manera llega a estrados la declaración del coenjuiciado, porque se hace presente que todas las maneras de acceso del relato de un coimputado al juicio, no están reglamentadas en la ley y, para el tema de la eficacia de tal relato, ello será de suma importancia.

El artículo mencionado ocupa dos vocablos que son claves en este tema; “obtenidos” e “incorporados”.

En cuanto a su eficacia “probatoria”.

Tratándose de declaraciones no presenciales de coimputados, creo de relevancia analizar por el Tribunal del Juicio, el tema de la obtención de tal relato. Así, si se advierte en estrados que, por ejemplo, un policía declara como testigo de oídas de lo escuchado a un coimputado, sin las advertencias legales previas, o sin su abogado defensor, perfectamente pudiere valorarse negativamente tal relato del testigo, en la parte **“que reproduce el relato que le dio el coimputado”** por haberse vulnerado garantías fundamentales del coencartado al momento de su obtención, teniendo presente para ello la parte final del artículo 334 del Código Procesal Penal que refiere: *“o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales”*.

También, en las declaraciones no presenciales de coimputados, he analizado aquellas que se contengan en determinada “documentación” que se ofrezca en el juicio.

Aquí será esencial para el Tribunal del Juicio, el análisis del antecedente en que aquellas se contengan y si se está o no ante alguno de los casos previstos en el artículo 331 del Código del ramo, como tuvimos oportunidad de analizar.

En el caso de declaraciones presenciales de coimputados, simplemente cabría analizar por el Tribunal del Juicio las siguientes posibilidades:

- a) el coimputado declara como tal, en el mismo juicio o en otro diverso;
- b) el coimputado declara como testigo en juicio diverso.

Para el evento del literal a) el Tribunal del Juicio Oral debiera tener presente el tema de la credibilidad del relato mismo que haga el coimputado y para ello, podrían servir los llamados "**criterios intrínsecos o extrínsecos de verificación del relato**" parámetros que, en mi opinión, en nada alterarían el estándar de la libertad de valoración probatoria, sino que, por el contrario, servirían para fundamentar las razones de credibilidad o incredibilidad del mismo.

Tratándose de prueba de cargo en contra del otro coencartado del juicio, debiera recurrirse a determinar si es o no el único elemento incriminatorio, o bien, si existen datos de corroboración externa del mismo (los llamados criterios extrínsecos de verificación del relato) para fundar una sentencia condenatoria.

Empero, sostengo que, en el caso chileno, se puede llegar a idéntica solución analizando el artículo 340 del Código del ramo, pues estimo que si como único elemento de cargo sobre la participación existe sólo la confesión del imputado, la propia ley nos habla de la ineficacia de aquél único antecedente para condenar.

Subyace detrás de aquella norma, la idea de la corroboración extrínseca al relato mismo del coimputado confesando su ilícito, aunque ya se tenga esclarecido el llamado "cuerpo del delito". Asimismo, pudiera entenderse que se necesita la "corroboración" de tal relato, porque quíerose o no, se parte del supuesto de "incredulidad" del mismo.

Sabido es, que tratándose de coimputados, igual cosa se advierte, es decir, recae sobre tales asertos un manto de sospecha, de duda, acerca de su veracidad, por ello los esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia, en orden a recabar "criterios de verificación del mismo".

En este punto en Chile, podríamos preguntarnos ¿si la confesión del encartado no vale a estos efectos, sin otra prueba de participación, valdrá entonces el sólo antecedente incriminatorio del coimputado?.

Lógicamente que no, como ya he analizado en este mismo capítulo. Con lo que deberemos volver necesaria e ineludiblemente a verificar tal relato, primero de manera intrínseca y luego extrínseca, es decir, constatando la existencia de un elemento de corroboración periférica, aunque mínima, que lo confirme.

Para el caso de la letra b) anterior, ya analice en este mismo capítulo, las diferencias existentes entre el testimonio de un testigo y el de un coimputado.

Aquí el tema central radicará en establecer si un coimputado ya juzgado puede o no convertirse, así sin más, en testigo de cargo de la fiscalía. Estimo que, entre nosotros, ayuda a una adecuada solución la redacción del artículo 7 del Código Procesal Penal, en orden a seguir considerando "imputado" a quien, ya condenado, aun no termina de cumplir la sentencia. ³⁷⁵

Por ello, si en ese estado aquél es llamado como "testigo" a declarar, pendiente aún el cumplimiento de su fallo, sigue siendo imputado y con ello, lo protegen todos los derechos de imputado, incluso aquél que le confiere la posibilidad de no declarar.

2.- Cómo se ha regulado en algunos países la admisibilidad de las declaraciones de los coimputados

Esbozaré a continuación cómo se ha regulado en ordenamientos jurídicos foráneos el tema de la admisibilidad de las declaraciones de los coimputados.

2.1.- En los países del Common Law

El tema de la admisibilidad de las declaraciones inculpatórias de los imputados, básicamente dice relación con el principio de oportunidad amplísimo de que goza el ente persecutor fiscal en ese sistema. En efecto se permiten y estimulan aquellas en base a diversas transacciones con el declarante imputado que comprenden desde el no ejercicio de la acción penal, hasta el retiro de la acusación e incluso una sentencia en la que se tenga en cuenta tal declaración a efectos de reducir la pena. Todo ello con el compromiso claro para el coimputado de concurrir a declarar en el juicio''.

CUERDA ARNAU, citada por DÍAZ PITA, "propone distinguir dos grandes bloques: de un lado, los mecanismos previstos para los supuestos en que las declaraciones sean vertidas por un sujeto que posee la condición de imputado, y, de otro, los contemplados para los casos en que el sujeto haya perdido su condición de imputado o nunca la hubiese adquirido". ³⁷⁶

375 Nota: en España sin la norma del artículo 7° del CPP, la situación es distinta, sin embargo, la solución corre por idéntica vía, así, la doctrina ha señalado: "A la vista de lo expuesto, el paso siguiente en el análisis será determinar si las razones materiales estrechamente vinculadas al derecho de defensa que a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo determinan el carácter sospechoso de la declaración del coimputado y la necesidad de adopción de importantes cautelas y exigencias en su valoración, se mantienen una vez éste ya ha sido juzgado. En este sentido consideramos, que si bien no puede negarse que el enjuiciamiento de los hechos y el dictado de la correspondiente sentencia, suponen pasar a un estadio procesal distinto, ello no implica una modificación de las circunstancias que configuran el status de coimputado, aquellas razones materiales subsisten de forma fundamental, y por tanto no existe razón alguna para convertirlo en un testigo, y valorar su declaración únicamente en términos de credibilidad". ROSER BACH FABREGÓ; Cuestión 12: ¿Cuál es el régimen de la declaración del coimputado ya juzgado en el enjuiciamiento del coacusado? ¿Coacusado o testigo? En Ob. cit. pág. 113.

376 DÍAZ PITA, María Paula, Ob. Cit. Pág. 275

Como se vio en el capítulo anterior, en nuestro sistema, también puede hacerse esta distinción en relación a los coimputados que podrían ser llamados como testigos por la Fiscalía al juicio del coimputado, donde algunos de ellos podrán tener aclarada o no su situación procesal.

Añade CUERDA ARNAU citada por DÍAZ PITA, que *"para aquellos declarantes que tengan la condición de imputado existen dos instrumentos procesales en el sistema norteamericano: El llamado "offering no evidence" que consiste en el compromiso por parte de la acusación de no ofrecer pruebas contra el sujeto que vierte las declaraciones inculpatorias, de tal manera que aquello conducirá a la absolución de aquél, lo que permitirá que a partir de ese momento este sujeto actúe en el proceso que se siga contra el resto de los coimputados en calidad de testigo"; y el "guilty plea" o confesión de culpabilidad, acompañada de "plea agreements" (llamado también "plea discussion" o "plea conference" o "plea bargaining"), "uno de cuyos contenidos puede consistir en que el sujeto que se declara culpable asuma el compromiso de deponer contra los otros copartícipes".*³⁷⁷

CUERDA ARNAU citada por DÍAZ PITA, señala que en estos casos hay una renuncia al derecho de no auto incriminarse, por lo que para hacer efectivos estos institutos transaccionales, especialmente el *"plea bargaining"*, se exigen entre otros requisitos: *"voluntariedad de la confesión, conocimiento del sentido y alcance del "plea of guilty" y presencia de un abogado, como garantía del cumplimiento de aquellos".*³⁷⁸

CUERDA ARNAU citada por DÍAZ PITA, indica que para el caso de los sujetos que nunca llegan a adquirir la condición de imputado o bien, si la tenían ya la han perdido, el derecho anglosajón contempla dos mecanismos para facilitar que el sujeto vierta declaraciones inculpatorias en contra de los copartícipes; que son: el *"nolle prosequi"* y de otro lado, la concesión de la *"immunity"*.

Mediante el primero de ellos, se otorga al *"Attorney General"* *"la facultad para que, ante la perspectiva de que un sujeto esté dispuesto a verter declaraciones inculpatorias contra los otros coimputados, pueda disponer la conclusión del procedimiento que ya se había iniciado contra ese sujeto, de tal manera que éste que hasta entonces, ostentaba la calidad de imputado, deje de tenerla, con la salvedad de que no se produce cosa juzgada de inmediato en relación a su causa y queda, por así decirlo, condicionada al compromiso adquirido de declarar contra los coimputados"*.

El segundo de los mecanismos *"se caracteriza por el hecho de que el sujeto dispuesto a prestar la declaración inculpatoria contra los copartícipes, nunca llega a adquirir la*

377
378

Ídem cita anterior
DÍAZ PITA, María Paula, Ob. Cit. Págs. 277 a 279

condición de imputado, de tal manera que nunca el procedimiento se dirigirá contra él, ya que adquiere la calidad de testigo protegido" "immunized witness". ³⁷⁹

CUERDA ARNAU citada por DÍAZ PITA, señala que en el sistema anglosajón se exige la concurrencia de algunos requisitos procesales que han de ser tenidos en cuenta para atribuir valor probatorio a las declaraciones de los coimputados:

- 1.- "la necesidad de acercarse a aquél testimonio con una especie de duda metódica";
- 2.- "la necesidad de que el testimonio se preste en el Plenario, ante el Jurado – allí donde éste sea exigido – oralmente y con sometimiento del testigo a la "cross-examination", es decir un contra interrogatorio;
- 3.- "la exigencia de una "corroborative evidence" o necesidad de que el testimonio aparezca corroborado por otros datos que le sirvan de apoyo" y, por último,
- 4.- "la necesidad de que el Juez advierta al Jurado del dudoso valor del testimonio". ³⁸⁰

2.2.- En algunos países de Europa Continental

2.2.1.- Alemania

Como señala GÓMEZ COLOMER, citado por DÍAZ PITA, "existen escasas normas procesales sobre el particular, sin embargo se hace referencia en la normativa del Código Procesal Alemán (StPO) a las declaraciones de coimputados". Cita como ejemplo los parágrafos 247, 251 y 257. Ellos señalan, respectivamente:

Parágrafo 247: "El Tribunal podrá ordenar que se desaloje al acusado, durante el interrogatorio, de la Sala de Audiencias, cuando fuera de temer que un coacusado o un testigo no dirá la verdad en su interrogatorio, estando presente el acusado";

Parágrafo 251: "El interrogatorio de un testigo, perito o coimputado, podrá ser sustituido por la lectura del acta sobre su anterior interrogatorio judicial cuando: 1) El testigo, perito o coimputado hubiera fallecido o caído en estado de enfermedad mental o no se averiguara su residencia; 2) si hubiera fallecido un testigo, perito o coimputado, o no pudiera ser interrogado judicialmente por otra causa prontamente, podrán leerse también actas sobre otro interrogatorio, así como documentos que contengan una declaración escrita proveniente de él";

379 DÍAZ PITA, María Paula, Ob. Cit. Págs. 280 a 281

380 DÍAZ PITA, María Paula, Ob. Cit. Págs. 282 a 283

Parágrafo 257; “Después del interrogatorio de cada uno de los testigos, peritos o coacusados, así como después de la lectura de cada uno de los escritos, será preguntado el acusado si tiene algo que declarar sobre ello”.³⁸¹

VEGAS TORRES, citado por DÍAZ PITA, sostiene que en el sistema alemán, dadas las normas referidas “cabe deducir que se admite su utilización como fuentes de convicción del juzgador en iguales condiciones que las declaraciones testimoniales”.³⁸²

2.2.2.- En Italia

El denominado derecho penal premial se aplicó en Italia a través de los denominados “*collaboratori della giustizia*” o simplemente “*pentiti*” nacidos al amparo de la “*legislazione dell’emergenza*”, dictada para enfrentar el terrorismo, el tráfico de drogas y las mafias.

En términos legislativos, tal como sostiene CÚNEO LIBARONA, “se establecen premios e incentivos en relación a los delitos de tráfico de drogas y asociación dirigida a la comisión de ese delito, la asociación terrorista y la de tipo mafioso”.³⁸³

Según MUSCO ENZO, “si de un lado el legislador ha incentivado el recurso al instrumento de la colaboración, de otro lado no ha olvidado que con frecuencia los pentiti son desleales, son manipuladores de verdad, son buscadores de despistes, son simuladores empedernidos, están sedientos de venganza, son contaminadores de la realidad. Conocen a la perfección el mundo criminal al que pertenecen y, por ello, saben husmear el aire y son capaces de resistir la confrontación incluso con hábiles investigadores”.³⁸⁴

MUSCO ENZO, esta vez citado por DÍAZ PITA, agrega que “para evitar los inconvenientes que se derivan de la aparente falta de credibilidad de las declaraciones inculpatorias de los coimputados, y con el objeto de obviar la posible delación de un inocente, se articulan dos mecanismos; uno de carácter penal y otro de naturaleza eminentemente procesal; siendo, respectivamente, la previsión del incremento de las penas señaladas al delito de calumnia en caso de declaración falsa, y la regulación de un procedimiento de revisión en contra del imputado de la sentencia de condena en la que se benefició de la atenuación prevista”.³⁸⁵

381 DÍAZ PITA, María Paula, Ob. Cit. Págs. 284 a 285

382 DÍAZ PITA, María Paula; Ob. Cit. Pág. 285

383 CÚNEO LIBARONA, Mariano; Ob. Cit. Pág. 70

384 MUSCO, Enzo: “Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia problemas y perspectivas”, pág. 40 en

vínculo internet <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/29/27>, visitado el 08-09-2010.

385 DÍAZ PITA, María Paula, Ob. Cit. Pág. 306

El Código Procesal Penal italiano establece en su artículo 192, 3°, una norma específica de ponderación de la prueba, por la cual *“las declaraciones realizadas por los coimputados por un mismo delito o por persona imputada en un procedimiento conexo, se valorarán juntamente con los demás elementos de prueba, que confirmen su credibilidad”*. Por lo tanto, en el derecho procesal italiano se exige que las declaraciones inculpatorias de un imputado (*chiamata di correo*) contra otro, sean verificadas con elementos de prueba que respalden (confirmen) su verosimilitud (credibilidad)”. ³⁸⁶

CUNEO LIBARONA refiere la doctrina sentada por la Corte de Casación Italiana en el caso “Constantino ed Altro”, *“en ella se considera que, a diferencia del testimonio, al declaración inculpatoria del coimputado no puede constituir por sí sola un grave indicio de culpabilidad en el sentido que expresa el artículo 273 del CPP, sino que la determinación de la fiabilidad de tales declaraciones exige una doble verificación (intrínseca y extrínseca), bajo el perfil intrínseco(...) el juez debe valorar la precisión, la coherencia interna y la racionalidad, no sólo para individualizar el grado de interés que tiene el autor al formular la acusación, sino también su personalidad y los motivos que lo han inducido a implicar al indagado”*; bajo el perfil extrínseco (...) el juez debe averiguar si subsisten o no los elementos objetivos que la desmientas (a la declaración) o si la misma viene confirmada por verificaciones externas de naturaleza representativa o lógica, dotadas de tal consistencia que resistan los elementos de signo opuesto eventualmente deducidos por el acusador”. ³⁸⁷

2.2.3.- En España

La ley procesal española no contiene una disposición que regule la declaración del coimputado, pero, bajo ciertas condiciones, se la admiten como medio de prueba y sus lineamientos resultan ser obra de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como sostiene DÍAZ PITA, *“la declaración inculpatoria que un coimputado vierte frente a otro u otros se encuentra huérfana de regulación legal”*. ³⁸⁸

Como señala MIRANDA ESTRAMPES, *“Ha sido, pues, nuestra jurisprudencia la que ha ido fijando diferentes reglas, acerca de su admisibilidad y alcance probatorio. Así nuestro Tribunal Supremo admite, con carácter general, la declaración inculpatoria de los coimputados como prueba de cargo idónea para formar el convencimiento judicial, en virtud de la cual el coimputado o coacusado por un delito implica en su manifestación a otra u otras personas atribuyéndoles una participación en el mismo delitos a títulos de autores, cómplices o encubridores. La declaración inculpatoria verificada por un coimputado constituye, pues,*

386 CÚNEO LIBARONA, Mariano, Ob. Cit. Pág. 72

387 CÚNEO LIBARONA, Mariano, Ob. Cit. Págs. 73 y 74

388 DÍAZ PITA, María Paula, Ob. Cit. Pág. 307

según nuestra jurisprudencia, medio hábil o apto para destruir la presunción de inocencia y constitutivo, por tanto, de aquella mínima actividad probatoria de cargo suficiente para formar la convicción del juzgador. El fundamento de dicha admisibilidad se halla, según la jurisprudencia, en la ausencia en nuestra Ley procesal penal (LECrím) de una prohibición probatoria que determine la inutilizabilidad de las declaraciones de los coimputados".³⁸⁹

Según **MIRANDA ESTRAMPES**, solucionado el tema de la admisibilidad o permisibilidad de la declaración de los coimputados como presupuesto de su valoración, "La Sala 2ª del Tribunal Supremo condiciona el valor o alcance probatorio de la declaración inculpatoria del coimputado a la no concurrencia o presencia de una serie de factores o notas a los que atribuye una decisiva potencialidad orientadora y ellos son los siguientes":

1) "Que no conste en la causa dato alguno que permita afirmar que la declaración del coimputado ha sido guiada por móviles espúeos tales como el odio personal, la animadversión, el resentimiento, la venganza, la obediencia a una tercera persona, el soborno policial, o la promesa de trato procesal más favorable".

2) "Que la declaración inculpatoria no se haya prestado con ánimo de auto-exculpación o de desplazar el acusado sus propias responsabilidades a un tercero", y

3) "Por último, el Tribunal debe examinar la personalidad del delincuente delator y las relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado por él como partícipe, como dato a tener en cuenta para valorar su credibilidad".³⁹⁰

Como indica **DÍAZ PITA**, la cuestión de la admisibilidad de las declaraciones inculpatorias de los coimputados como medios de prueba ha sido planteada por algunos autores, citando a **VÁSQUEZ SOTELO, MIRANDA ESTRAMPES, ASENCIO MELLADO y FLORES PRADA**, "quienes coinciden en señalar que no ha de encontrarse obstáculo alguno para resolverla en forma positiva, de tal manera que aquellas declaraciones constituirían un verdadero medio de prueba". Añade esta autora que de las sentencias del Tribunal Constitucional Español se advierte lo mismo, ya "que se afirma que las declaraciones inculpatorias de los coimputados han de ser calificadas como "diligencia probatoria", "medio racional de prueba", "prueba directa", "prueba personal", siendo que en la mayoría de las sentencias se pone el acento en la configuración de las citadas declaraciones como prueba inculpatoria o de cargo suficiente para entender enervada la presunción de inocencia estimándose que su naturaleza es la de ser un medio de prueba extraño que, tanto uno como otro Tribunal, califican de "testimonio impropio".³⁹¹

389 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "La mínima actividad probatoria en el proceso penal", José María Bosch editor, Barcelona, 1ª edición, año 1997, págs.205 y 206.

390 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: Ob. Cit. Págs. 211 y 212.

391 DÍAZ PITA, María Paula; Ob. Cit. Págs. 307 y 308

Agrega DÍAZ PITA, que, sin embargo, no faltan quienes niegan a las declaraciones inculpatorias del coimputado el carácter de medio de prueba, como es el caso de CUERDA ARNAU y de MUÑOZ CONDE, "para quienes tales propalaciones no pueden ser conceptuadas jurídicamente como verdaderas pruebas sobre la base de una serie de consideraciones.... Básicamente porque no son aptas por sí solas para desvirtuar la presunción de inocencia porque no cumplen con el requisito de ser actividad probatoria de cargo de la que se pueda deducir racionalmente la culpabilidad del acusado".³⁹²

2.3.- En algunos países latinoamericanos y centroamericanos

2.3.1.- En algunos Estados de México

2.3.1.1.- Estado de Chihuahua

El Código Procesal Penal de Chihuahua en su artículo 90 dispone: "Principios de legalidad procesal y oportunidad.

El agente del Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando:

II.- Se trate de la actividad de organizaciones criminales, de delitos que afecten seriamente bienes jurídicos fundamentales o de investigación compleja, y el imputado colabore eficazmente con la misma, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados que tengan funciones de dirección o administración dentro de las organizaciones criminales, y siempre que los hechos que motivan la acción penal de la cual se prescinda, resulten considerablemente más leves que aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita".

De la lectura de la norma indicada aparece que se permite la declaración de imputados que pretendan colaborar proporcionando información útil para probar la participación de otros imputados en organizaciones criminales, caso en el cual incluso el ente persecutor, en uso del principio de oportunidad podrá prescindir de la acción penal en su contra.

Como veremos en el capítulo siguiente, en Chile no existe la posibilidad como en el Estado de Chihuahua, en México para que el fiscal ocupe incluso el principio de oportunidad, tratándose de declaraciones premiales.

Por otra parte el artículo 360 del mismo Código establece: "Lectura de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral.

Podrán introducirse al juicio oral, previa su lectura o reproducción, los registros en que constaren anteriores declaraciones o informes de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

III.- Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere atribuible al acusado;

IV.- Los registros donde consten declaraciones de coimputados sustraídos a la acción de la justicia o que hayan sido sentenciados por el hecho punible objeto del debate, prestadas de conformidad con las reglas pertinentes ante el juzgador, sin perjuicio de que ellos declaren en el juicio, cuando presten su consentimiento".

Como se aprecia la primera de estas normas es en todo similar a la de nuestro artículo 331 letra c).

Sin embargo, en el último apartado aparece también la posibilidad de incorporar por su lectura la declaración de coimputados sustraídos a la acción de la justicia, los que conocemos en Chile como rebeldes, pero, además, a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema, allá se permite incorporar las declaraciones de coimputados ya sentenciados por el mismo hecho punible, con las formalidades legales, esto es, si han declarado ante el Juzgador, sin perjuicio de que puedan también declarar presencialmente en el juicio, si es que prestan su consentimiento para ello.

De lo anterior se deduce que si se pretende incorporar la declaración anterior del rebelde o del ya condenado por su lectura, lógicamente no se requiere de su consentimiento, el que sólo se le pedirá si se lo desea llevar a declarar al juicio.

Lo que no se aclara, sin embargo, es si declara en calidad de testigo, esto es, si se le toma protesta de decir verdad, en el fondo, si ha dejado de ser imputado.

Además, el artículo 361 del Código Procesal Penal de Chihuahua, permite introducir al juicio la declaración que el imputado haya prestado ante el Ministerio Público, si se dan determinadas condiciones.

"Artículo 361. Reproducción de las declaraciones del imputado ante el Ministerio Público.

La declaración del imputado rendida ante el Ministerio Público podrá introducirse al juicio oral previa su reproducción siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

I.- Se hayan rendido en presencia de su defensor.

II.- Hayan sido video grabada,

III.- El Ministerio Público haya acreditado que se rindió en forma libre, voluntaria e informada y que se informo previamente al imputado su derecho a no declarar;

IV.- El imputado no se encontrase ilícitamente detenido al momento de rendirla;

V.- El acusado haya hecho de su derecho declarar en el juicio oral”.

2.3.1.2.- Estado de Oaxaca

El artículo 138 del Código Procesal Penal de Oaxaca dispone: *“Si el imputado ha sido aprehendido, se le deberá recibir la declaración inmediatamente. A lo largo del proceso, el imputado tendrá derecho a no declarar o a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no constituya una medida dilatoria del proceso.*

En todo caso, el imputado no podrá negarse a proporcionar a la policía o al Ministerio Público su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirijan con respecto a su identificación.

En todos los casos la declaración del imputado sólo tendrá validez si es prestada voluntariamente ante un juez y es realizada en presencia y con la asistencia previa de un licenciado en derecho defensor”.

Por otra parte, el artículo 141 del mismo texto legal señala: *“Cuando deban declarar varios imputados, las declaraciones serán recibidas sucesivamente, evitando que ellos se comuniquen entre sí antes de la recepción de todas ellas”.*

A diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema, en el Estado De Oaxaca no se permite que la policía le tome declaración al imputado, el artículo 142 del citado Código indica: *“La policía no podrá recibirle declaración al imputado. En caso de que manifieste su deseo de declarar, deberá comunicar ese hecho al Ministerio Público para que éste solicite al juez que le reciba su declaración con las formalidades previstas por la ley.*

La policía sólo podrá entrevistar al imputado para constatar su identidad, cuando no esté suficientemente individualizado, previa advertencia de los derechos que lo amparan y en presencia de dos testigos hábiles que en ningún caso podrán pertenecer a la institución policial”.

El artículo 274 del Código Procesal Penal de Oaxaca cuando trata la declaración previa del imputado señala: *“Antes de comenzar la declaración, el juez se cerciorará de que el imputado conozca los derechos que a su favor consagra el apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y le advertirá que puede abstenerse de declarar sobre los hechos, sin que su silencio le perjudique o en nada le afecte. Se le advertirá que, en caso de declarar, el contenido de su declaración podrá ser usado en su contra.”*

El artículo 361 del Código Procesal Penal de Oaxaca permite el careo del imputado en los siguientes términos: *“Cuando el imputado solicite el careo a que se refiere la fracción IV, apartado A, del artículo 20 de la Constitución Federal, se practicarán en presencia del órgano jurisdiccional, en los términos en que aquélla lo previene”*.

En cuanto a la posibilidad de la declaración del imputado en el juicio oral, el artículo 370 del Código indicado señala: *El Presidente del Tribunal solicitará al imputado, antes de su declaración, indicar su nombre, apellidos, sobrenombre o apodo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, lugar de su casa-habitación, lugar de trabajo y condiciones de vida, números telefónicos de su casa, de su lugar de trabajo o cualquier otro en donde pueda ser localizado; además le solicitará que exhiba un documento oficial que acredite su identidad.*

Dejando a salvo el derecho del imputado para intervenir en la audiencia en el momento en que lo estime conveniente, su declaración se rendirá en los mismos términos que una testimonial; sin embargo, en ningún caso se le tomará protesta de decir verdad y se le hará sabedor del derecho que le asiste a no declarar ni a contestar preguntas de las partes, además de que, en estos casos, se le explicará que su silencio no será interpretado como indicio de culpabilidad.

El imputado declarará siempre con libertad de movimiento, sin el uso de instrumentos de seguridad, salvo cuando sea absolutamente indispensable para evitar su fuga o daños a otras personas. Esta circunstancia se hará constar en el acta”.

2.3.2.- En Panamá

El artículo 16 del Código Procesal Penal de Panamá, dispone: *“Derecho a no declarar contra sí mismo. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra las personas excluidas por la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales y la ley. Todo investigado por un delito o falta tiene legítimo derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de hechos ni valorado como un indicio de culpabilidad en su contra. En consecuencia, nadie puede ser condenado con el solo mérito de su declaración”.*

El artículo 368 del mismo Código dispone: "Defensa y declaración del acusado. El acusado podrá prestar declaración voluntaria en cualquier momento durante la audiencia. En tal caso, el Juez Presidente de la Sala le permitirá que lo haga libremente, luego podrá ser interrogado, en primer lugar, por el defensor y después podrá ser conainterrogado por el Fiscal y el querellante. El Presidente podrá formularle preguntas, pero solo destinadas a aclarar sus dichos.

En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos.

El acusado declarará siempre con libertad de movimiento, sin el uso de instrumentos de seguridad, salvo cuando sea absolutamente indispensable para evitar su fuga o daños a otras personas."

Por otra parte el artículo 379 del indicado cuerpo legal prescribe: "Lectura de pruebas en el juicio. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura o reproducción:

3. Las declaraciones de coimputados que se encuentren en rebeldía, cuando resulten esenciales para la defensa, registradas conforme a este Código".

De otro lado el artículo 220 del Código Procesal Penal Panameño establece lo siguiente: "Acuerdos. A partir de la audiencia de formulación de imputación y antes de ser presentada la acusación al Juez de Garantías, el Ministerio Público y el imputado podrán realizar acuerdos relacionados con:

2. La colaboración eficaz del imputado para el esclarecimiento del delito, para evitar que continúe su ejecución, para evitar que se realicen otros delitos o cuando aporte información esencial para descubrir a sus autores o partícipes.

Realizado el acuerdo, el Fiscal deberá presentarlo ante el Juez de Garantías, quien únicamente podrá negarlo por desconocimiento de los derechos o garantías fundamentales o cuando existan indicios de corrupción o banalidad.

Aprobado el acuerdo, en el caso del numeral 1, el Juez de Garantías procederá a dictar la sentencia, y de ser condenado el imputado se impondrá la pena que no podrá ser mayor a la acordada ni podrá ser inferior a una tercera parte de la que le correspondería por el delito. En el caso del numeral 2, según las circunstancias, se podrá acordar una rebaja de la pena o no se le formularán cargos al imputado. En este último supuesto, se procederá al archivo de la causa.

No obstante lo anterior, si el imputado debe comparecer como testigo principal de cargo, la no formulación de cargos quedará en suspenso hasta tanto cumpla con su compromiso de rendir el testimonio. Si el imputado cumple con lo acordado, se procederá a

concederle el beneficio respectivo y en caso contrario se procederá a verificar lo relativo a su acusación”.

2.3.3.- En Perú

El artículo 71 del Código Procesal Penal de Perú señala: “*Derechos del imputado.-*

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso. 2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia”;

Por otra parte, el artículo 86 del Código Procesal Penal de Perú señala: “*Momento y carácter de la declaración.- 1. En el curso de las actuaciones procesales, en todas las etapas del proceso y con arreglo a lo dispuesto por este Código, el imputado tiene derecho a prestar declaración y a ampliarla, a fin de ejercer su defensa y responder a los cargos formulados en su contra. Las ampliaciones de declaración procederán si fueren pertinentes y no aparezcan sólo como un procedimiento dilatorio o malicioso. 2. Durante la Investigación Preparatoria el imputado, sin perjuicio de hacerlo ante la Policía con las previsiones establecidas en este Código, prestará declaración ante el Fiscal, con la necesaria asistencia de su abogado defensor, cuando éste lo ordene o cuando el imputado lo solicite. 3. Durante el Juicio la declaración se recibirá en la oportunidad y forma prevista para dicho acto”.*

Luego, el artículo 88 del indicado Código refiere: “*Desarrollo de la declaración.-*

1. La diligencia se inicia requiriendo al imputado declarar respecto a: d) Sus relaciones con los otros imputados y con el agraviado”.

En lo que interesa a esta tesis, el artículo 158 del Código procesal peruano se refiere a esta material de las declaraciones de coimputados, señalando: **ARTÍCULO 158º Valoración.-** 1. En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

MIRANDA ESTRAMPES,³⁹³ sobre este tema ha señalado, "El NCPP/2004 incorpora en su articulado una regla de suficiencia probatoria referida a la declaración de arrepentidos, colaboradores y situaciones análogas¹¹⁸, exigiendo, al igual que en los testigos de referencia, la concurrencia de otras pruebas que corroboren sus testimonios (art. 158.2). En mi opinión, el nuevo texto procesal se decanta no por la simple exigencia de una mínima corroboración periférica en línea con la doctrina tradicional que había elaborado el TCE, sino que viene a acoger la última postura antes desarrollada que, como hemos visto, descarta su suficiencia probatoria, al exigir la presencia de pruebas autónomas que sean suficientes por sí mismas para acreditar la participación del acusado en los hechos. La fórmula actual que utiliza el párrafo segundo del art. 283 CdPP/1940119 ofrece, incluso, una mayor claridad en cuanto al alcance de la regla al exigir la corroboración con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las imputaciones formuladas. Del tenor literal resulta que no es suficiente con una simple corroboración de aspectos fácticos periféricos, sino que tales pruebas adicionales deben corroborar el propio contenido íntegro de la imputación formulada por el colaborador".

Como bien señala TALAVERA ELGUERA,³⁹⁴ "La declaración del coimputado o copartícipe no se encuentra expresamente regulada en el nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, su consideración, de cara a su idoneidad para ser estimada como una prueba de cargo susceptible de enervar la presunción de inocencia, se desprende del tenor del artículo 158.2 del Nuevo Código. Tal artículo señala que en situaciones análogas a los supuestos de las declaraciones de testigos de referencia, de arrepentidos o colaboradores, solamente con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria".

Agrega TALAVERA ELGUERA,³⁹⁵ respecto de la declaración de coimputados que ella "no es por sí misma suficiente para destruir la presunción de inocencia, debido a que se trata de una declaración sobre la cual si bien se puede predicar su legitimidad, no necesariamente se puede decir lo mismo de su credibilidad. Esto es así porque el coimputado no tiene obligación de decir la verdad y tiene derecho a guardar silencio; dada su participación en el hecho punible, su declaración puede estar motivada por fines exculpatorios o guiada por móviles espurios, o puede estar buscando beneficios legales o procesales, todo lo cual puede condicionar su necesidad de sindicar a su coimputado".

393 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La Valoración de La Prueba a La Luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004", Instituto de Ciencia Procesal Penal, pág.23; extraído del siguiente vínculo de internet: http://www.google.cl/#hl=es&source=hp&biw=1021&bih=663&q=MANUEL+MIRANDA+ESTRAMPES&aq=f&aqi=g1&aql=&oq=&gs_rfai=&fp=c4e069e279414046, visitado el 26 de octubre de 2010.

394 TALAVERA ELGUERA, Pablo: "La Prueba En el Nuevo Proceso Penal, Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas en el proceso penal Común", Academia de la Magistratura, primera edición, marzo de 2009, Lima, Perú, pág. 127, extraído del vínculo de internet: http://www.amag.edu.pe/publicaciones/libros1/contenidos/La_Prueba.pdf.

395 TALAVERA ELGUERA, Pablo, Art. Cit., pág. 128

Más adelante, el artículo 160 del Código Procesal Penal peruano señala:

ARTÍCULO 160º Valor de prueba de la confesión.-

1. La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado.

2. Sólo tendrá valor probatorio cuando:

a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción;

b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; y,

c) Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado.

A continuación, el artículo 161 del mismo texto legal dispone: *Efecto de la confesión sincera.- Si la confesión, adicionalmente, es sincera y espontánea, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, el Juez, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal.*

Para **NEYRA FLORES**, en Perú, *“la confesión, es un acto procesal que consiste en la declaración necesariamente personal, libre, voluntaria, consciente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado, ya sea durante la investigación o el juzgamiento, aceptando total o parcialmente su real autoría o participación en la perpetración del delito que se le imputa”*.³⁹⁶

JAUCHEN, citado por **NEYRA FLORES** indica que *“la confesión del imputado no puede ser considerada en el proceso penal como un testimonio de parte, pues lo que fundamentalmente caracteriza al testimonio, es que puede versar sobre hechos propios o ajenos, aun cuando ninguno de ellos lo perjudique; mientras que la confesión siempre importa el relato de un hecho propio y perjudicial para el que la presta”*.³⁹⁷

En Perú el tema del valor de la declaración del coimputado ha sido de interés para la jurisprudencia y así está tratado en un Acuerdo Plenario³⁹⁸ que en lo pertinente señala:

“7. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el

396 NEYRA FLORES, José Antonio, Ob. Cit., págs. 560 y 561

397 Nota: NEYRA FLORES, José Antonio; en Ob. Cit., pág. 561 cita a JAUCHEN, EDUARDO M: “Tratado de la Prueba en Materia Penal”, pág.232.

398 Nota: En Anexo N°7, al final de esta tesis, se incluye el Acuerdo Plenario completo.

valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba –de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado-, sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados –en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible-, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto”.

“8. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aún cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho descalificación procedimental-, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad -no de mera legalidad-, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio”.

“9. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no

necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada”.

En síntesis, **TALAVERA ELGUERA** sostiene que *“En la jurisprudencia nacional, en diversas ejecutorias la Corte Suprema ha ido perfilando las pautas o criterios para la valoración de la declaración del coimputado, hasta llegar al Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, en el que se establece que la declaración del coimputado puede ser utilizada como elemento de convicción susceptible de enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, siempre que se cumpla con los criterios o requisitos que en tal acuerdo se consignan”,* que el citado autor resume en los tres siguientes: **“Ausencia de incredibilidad subjetiva; Verosimilitud de la incriminación: concurrencia de corroboraciones periféricas objetivas y Persistencia en la incriminación: ausencia de ambigüedades y de contradicciones”.**³⁹⁹

399 TALAVERA ELGUERA, PABLO: Art. Cit., págs. 129 y 130.

INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO VI

LAS LLAMADAS DECLARACIONES

PREMIALES DE LOS COIMPUTADOS

NOMBRE	PÁGINA
Preámbulo del Capítulo VI	275
1.- Nociones Preliminares	275
1.1.- Las declaraciones premiales en leyes especiales	278
1.1.1.- En la Ley N°20.000	278
1.1.1.1.- De la norma en cuestión aparecen algunas cosas fundamentales	278
1.1.2.- En la Ley N°18.314	283
1.2.- La declaración premial del artículo 11 N°9 del Código Penal	286

CAPÍTULO VI

LAS LLAMADAS DECLARACIONES PREMIALES DE LOS COIMPUTADOS

Preámbulo del capítulo VI

En este último capítulo trato las declaraciones “premiales”, conceptualizándolas, para luego tratarlas en los casos de la llamada “narcocriminalidad” y terrorismo, donde se analiza brevemente la situación chilena y finalmente, la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal chileno.

1.- Nociones Preliminares

Hablaré en este último capítulo de la tesis, algunas cosas acerca de las declaraciones de los coimputados vertidas en contra de otro (s) coimputados y prestadas al amparo de un proceso penal, que para quien las presta pudiera significar una atenuación de la pena que le corresponda si es culpable, o bien, la total eximición de la misma, por ello lleva el adjetivo de premial.⁴⁰⁰

Hago presente desde ya, que no en todos los casos podrá haber una declaración inculpatoria en contra de otros responsables – como para que estemos frente a una coimputación – como hemos tratado en esta tesis, sin embargo, en algunos casos perfectamente podrá darse.

Limitaremos en esta investigación tales asertos premiales del coimputado a los casos que, en mi opinión, son los de mayor relevancia.

Uno) Las declaraciones “premiales” en materia de “narcocriminalidad”⁴⁰¹ y terrorismo; y

400 Nota: DUARTES DELGADO, Edwin, “El imputado colaborador en los delitos de narcotráfico”, señala que “Se conoce bajo el nombre de derecho penal premial, que resulta ser una concepción moderna mediante la cual la pena que sigue a la comisión de un delito no se aplica o simplemente se atenúa, lo que resulta ser una forma sui generis de despenalización”, en *Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal*, pág. 130”, en vínculo de internet http://egacal.e-educativa.com/upload/Q2009_DuartesEdwin.pdf., visitado el 14 de febrero de 2011.

401 Nota: EDWARDS, Carlos Enrique: “El Arrepentido, El Agente Encubierto y La Entrega Vigilada”. Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la Ley 24.424, Editorial Ad-Hoc, 1ª edición, junio de 1996, Buenos Aires, en pág. 15 habla de “narcocriminalidad” para referirse a las modalidades delictivas que tienen por objeto el tráfico ilícito de estupefacientes.

Dos) Las declaraciones prestadas por coimputados al amparo de la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal chileno;

Las normas anteriores nos darán luces para determinar en Chile, cuál es el tratamiento que se da a las declaraciones de “coimputados” prestadas a su amparo, esto es, de aquellos sujetos imputando a otros la comisión de delitos especiales o bien, antes de su comisión, para evitar que se cometan, estableciendo desde ya, que tales normas tienen por supuesto un carácter premial.

Para SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, ⁴⁰² *“Las medidas de levantamiento o atenuación de la pena para los coimputados que colaboran con la justicia penal en el descubrimiento del delito – también denominados “arrepentidos” – se insertan dentro de lo que se ha venido a denominar “El Derecho Penal premial”. Este agrupa normas de atenuación o remisión total de la pena orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculpado.”*

EDWARDS, CARLOS ⁴⁰³ limitando la figura del arrepentido a la Ley de Estupefacientes en Argentina, señala que *“con un mayor grado de precisión, puede definirse al arrepentido como aquella persona a quien se le imputa cualquier delito referido a estupefaciente, y que brinda a la autoridad judicial información significativa sobre la identidad de los autores, coautores, partícipes o encubridores del tráfico ilícito de estupefacientes, o que permita el secuestro de substancias, bienes, etc., pertenecientes a este tipo de delincuencia, beneficiándose en la reducción o eximición de la pena”*. Este mismo autor señala que *“los elementos caracterizantes del arrepentido son, entonces, cinco: a) el arrepentido reviste la calidad de imputado de un delito referido a estupefacientes; b) debe brindar información; c) debe tratarse de información significativa; d) esa información tiene una finalidad de identificación de personas o de secuestro de cosas, y e) se favorecerá con una reducción o eximición de pena”*.

En lo medular de estas figuras, cabe señalar el objetivo doble que se persigue; por un lado de parte de la investigación criminal, el lograr desbaratar futuros delitos y, por la otra, la eximición o atenuación de la pena para el sujeto que colabora.

402 SANCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, Isabel, *“El Coimputado que colabora con la justicia penal”* – con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes orgánicas 7 y 15 /2003, en vínculo de internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>, pág. 2, visitado el día 11 de febrero de 2011.

403 EDWARDS, Carlos Enrique, Ob. cit. pág. 31.

Según CUERDA ARNAU,⁴⁰⁴ el antecedente más remoto de la exención de pena estaría en el derecho romano, así, la autora cita el *Código Teodosiano* donde se recoge la exención de pena que preveía la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* para el que implicado en un delito de lesa majestad lo relevare a tiempo de poder evitar las consecuencias, señalando que idéntica disposición aparece en el *Código Justiniano* en la *Lex Julia Maiestatis* donde se considera digno de la absolución y del perdón al que *“aun habiendo servido en la facción, si aunque tarde, pero siendo todavía desconocidos, hubiere descubierto los secretos de los designios”*. Agrega esta autora que durante el período de recepción del Derecho Común, el *Código de Partidas* hace eco de la institución romana prevista para los delitos de lesa majestad y concede la exclusión de la pena al que, *“habiendo proyectado con otros ejecutar la traición, la descubriese al Rey”*. Es más, añade la autora, si aquél la descubriese antes de haber prestado juramento, a aquel beneficio se le sumaba el otorgamiento de algún galardón. (Ley 5, Título 2, partida 7). Indica que después en siglos posteriores, se vuelve a recoger el ejemplo de las Partidas, citando las *Pragmáticas de Felipe IV de junio y julio de 1663*, donde se contemplan normas para hacer frente al bandolerismo. Así se eximía de pena *“al bandido que hasta dos años después de publicada la Pragmática prendiere ó mataré, yo entregaré a cualquiera Justicia de estos Reynos a otro bandido que mereciere pena de muerte”*.

Según DUARTES DELGADO⁴⁰⁵ *“En esta concepción (del derecho penal premial) se sitúa el fenómeno del arrepentido, palabra que proviene de la locución italiana «pentito» y se relaciona con las prerrogativas dispensadas para quienes cooperan con la justicia en la indagación de algunos delitos. Se trata de cooperadores, que, a cambio de obtener trato blando, coadyuvan con la justicia brindando información para investigar delitos, generalmente cometidos en organizaciones criminales”*.

Al colaborador se le llama de diferentes maneras; testigo de la corona, arrepentido, pentiti, etc.; coincido con DUARTES DELGADO, cuando prefiere simplemente llamarlo *“imputado colaborador, porque es el que, sin eufemismos se acerca más al fenómeno estudiado, en lugar de «testigo de la corona», porque en realidad el reo que depone no es propiamente un testigo, porque no rinde declaración bajo juramento, igualmente desechamos el de «arrepentido», porque en realidad, no es ese el sentimiento que lo mueve a cooperar”*.⁴⁰⁶

404 CUERDA ARNAU, María Luisa, (tesis doctoral) *“Atenuación y Remisión de la Pena en los Delitos de Terrorismo” (Estudio del artículo 57 bis B del Código Penal)* extraída del vínculo de internet <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0307108-125005/>, visitado el 11 de febrero de 2011, págs.4 y siguientes.

405 DUARTES DELGADO, Edwin, Art. citado pág. 130.

406 DUARTES DELGADO, Edwin, Art. citado pág. 131.

1.1.- Las declaraciones premiales en leyes especiales

1.1.1.- En la Ley N°20.000

En lo que se refiere al primer aspecto de este tema, en lo relativo a la ley de Drogas, dejar sentado algunas de las normas de la Ley N° 20.000 que reglan estas materias, entre otras el artículo 22 que habla de la "cooperación eficaz"; así esta norma señala: *"Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados. Sin embargo, tratándose del delito contemplado en el artículo 16, la reducción de la pena podrá comprender hasta tres grados. Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero. El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero. Si con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz, deberá solicitarlos fundadamente. El fiscal requirente, para los efectos de efectuar la diligencia, deberá realizarla en presencia del fiscal ante quien se prestó la cooperación, debiendo este último previamente calificar su conveniencia. El superior jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento. La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales"*.

1.1.1.1.- De la norma aparecen algunas cuestiones fundamentales.

a) Así, en primer lugar, se define la "cooperación eficaz" como el "suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables o bien, sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley de Drogas".

b) Corresponde al ente persecutor fiscal determinar si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz, en los términos señalados en el literal a) anterior. Siendo así, el

fiscal del Ministerio Público debe señalarlo o expresarlo en la formalización de la investigación o bien, en su escrito de acusación.⁴⁰⁷

c) En cuanto a la rebaja de pena, ésta podrá ser de dos grados para la mayoría de los delitos, salvo el caso del artículo 16,⁴⁰⁸ caso en el cual el Tribunal queda facultado para rebajarla hasta en tres grados; y

d) La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales.

Merece destacarse que la propia norma hace sinónima a la cooperación eficaz con una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, lo que dista mucho de la realidad. En efecto, no es una circunstancia más que atenúe la responsabilidad penal, como las consignadas en el artículo 11 del Código Punitivo, sino que es una norma facultativa para el juez de rebaja de pena, una vez que hayan operado, para el caso concreto, el juego de las demás circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

El indicado instructivo N°5 de la Fiscalía Nacional sobre la Ley de Drogas⁴⁰⁹ señala sobre este particular, en cuanto a la pena que debe pedir el fiscal en el caso concreto en su acusación penal: "1. Primero se aplican las reglas generales de determinación de la pena (grado de participación); luego, se aplican las de individualización, haciendo operar los aumentos y rebajas por la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes generales que concurran; 2. A continuación, se aplica la rebaja contemplada en el inciso final del artículo 22 de la nueva Ley de Drogas, por efecto de la concurrencia de esta circunstancia modificatoria especial (cooperación eficaz)." Y termina señalando que "Para determinar la pena en concreto a solicitar en la acusación, la ley le entrega a la cooperación eficaz un efecto atenuante de hasta

407 Nota: En Instructivo N°5 de la Ley N° 20.000, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, mediante Oficio N°59 de fecha 27 de enero de 2005 señala en su punto 4° quién es el que califica la eficacia de una información o dato: "La calificación por parte de los fiscales del Ministerio Público que las informaciones o datos proporcionados han sido eficaces en el sentido del artículo 22 antes analizado, es una facultad que exclusivamente les corresponde a ellos. La calificación acerca de si la colaboración prestada por el imputado es eficaz o no le corresponde exclusivamente al Ministerio Público, en las oportunidades que señala la ley, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales que, por disposición de la Constitución, no le corresponden al Ministerio Público. La calificación de que un dato o una información es eficaz es la conclusión a que llega un fiscal cuando, analizados los datos e informaciones prestados por el cooperador, estos reúnen los requisitos legales para ser considerados eficaces. A esta conclusión debe llegarse por el análisis ponderado de los antecedentes que constan en la carpeta de investigación, de forma que cualquiera que sea el fiscal que haga el mismo análisis, llegaría a la misma conclusión".

408 Nota: El entonces diputado Jaime Orpis, en la discusión del Proyecto de la Ley de Drogas, sobre el particular señalaba: "En el caso de la cooperación eficaz, viene una novedad importante, relativa a un delito que, sin duda alguna, debe ser el más grave de los de la ley de drogas: la asociación ilícita. El cooperador eficaz es el que se arrepiente, el que, perteneciendo a una organización criminal, decide entregar antecedentes para los efectos de detectarla. Para eso hay que otorgar incentivos, los que hoy son insuficientes. El criterio de la comisión es que deben tener algún tipo de gradación en función de la categoría y peligrosidad del delito. Se propone que al cooperador eficaz que entregue antecedentes valiosos respecto de una asociación ilícita, se le rebaje la pena hasta en tres grados". Fuente: Historia de la Ley N° 20.000 en www.bcn.cl, pág. 244 de 1379, visitado el 14 de febrero de 2011.

409 Nota: Véase texto completo del Instructivo N°5 de la Fiscalía Nacional sobre la cooperación eficaz de la Ley de Drogas, en el anexo 10) de esta tesis.

dos grados de pena; y tratándose del delito de asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N° 20.000, se autoriza una rebaja de hasta tres grados de pena”.

La norma del artículo 22 de la citada Ley de Drogas, cabe complementarla en lo que nos interesa, con lo dispuesto en el artículo 32 de la misma ley, que refiere que; *“Las declaraciones del cooperador eficaz, de los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, y, en general, de testigos y peritos, cuando se estimare necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 del Código Procesal Penal. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso. Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el tribunal deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado civil, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta. En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a conainterrogarlo personalmente, con los resguardos contemplados en los incisos precedentes. Dispuesta por el fiscal la protección de la identidad de los testigos en la etapa de investigación, el tribunal deberá mantenerla, sin perjuicio de los otros derechos que se confieren a los demás intervinientes”.*

La regla general es que los coimputados y testigos en general presten su declaración ante el Tribunal del Juicio, sin embargo, tratándose de imputados que se asilan en la “cooperación eficaz”, pueden declarar anticipadamente ante el Juez de Garantía, conforme lo previene el artículo 191 del Código Procesal Penal.

Dicho artículo cabe colacionarlo con el artículo 331 del indicado cuerpo legal, pues allí se señala: *“Podrá darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos: a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 280”.*

Demás está decir que el imputado que colabora eficazmente al tenor del artículo 22 sigue siendo imputado por alguno de los delitos de la Ley de Drogas, sin embargo, a aquél se le aplican las norma de la declaración anticipada a que se refiere el artículo 191 del Código y no se aplican curiosamente las normas de las letras c) y d) del artículo 331 del texto

del ramo, que se refieren precisamente a los coimputados, esto porque la mayoría de las veces no será coimputado con los imputados que delata.

En efecto, el imputado que colabora eficazmente, suministrando datos de delitos cometidos para individualizar a los demás responsables o bien para precaver delitos futuros, puede ser o no un coimputado con aquellos a los que delata, dado que podría, por ejemplo, proporcionar el nombre de un proveedor que guarda droga, o bien señalando a un financista sin ocupar aquél cargo alguno en la asociación ilícita que delata.

Por ello el Fiscal Nacional en el mentado instructivo N°5, en el punto 3.2.1. del mismo señala: *"En suma, puede ocurrir que un imputado por infracción a la Ley N° 20.000 preste su colaboración con anterioridad a que esté formalizado en una investigación (Lo anterior dado que si la ley señala que la audiencia de formalización es una de las oportunidades en que el fiscal puede reconocer la eficacia de la cooperación prestada, debe concluirse que en este supuesto los datos e informaciones fueron proporcionados por el sujeto antes de que adquiriera la calidad de imputado), sea simplemente un sujeto investigado, sea un imputado y, eventualmente, un acusado."*

Lo interesante de todo lo anterior, es que un imputado que colabora eficazmente, normalmente no lo hará en su propia causa de drogas, donde aquél es imputado, sino que, por el contrario, proporcionará datos que permitan pesquisar un delito distinto, donde habrá otros imputados y respecto de esos otros antecedentes que delata es que podrá el fiscal aducir que concurre en su propia causa y a su favor la cooperación eficaz, lo que permitiría al Tribunal rebajar la condena finalmente en dos o tres grados, según sea el delito del que proporciona información y que es estimada útil a la finalidad de la figura en comento.

Lo normal no será entonces la existencia de una coimputación, salvo en el caso de una asociación ilícita, donde sí podría participar con otros coimputados.

Luego, sus asertos muchas veces no llegarán al juicio oral del imputado "delatado" por el cooperador eficaz, sino que simplemente servirán de antecedentes iniciales de la investigación para pesquisar ese otro delito, que si se descubre finalmente por ser **precisos, verídicos y comprobables** el suministro de los datos, entonces podrá favorecer al delatador – cooperador – arrepentido – la rebaja de pena que comprende la figura de la cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley de Drogas.

El artículo 25 de la Ley de Drogas que nos habla del "informante" en los siguientes términos: *"Informante es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores. El agente encubierto, el agente*

revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”.

Por último, tratándose de informantes, la ley de Drogas señala que incluso aquellos podrán quedar exentos de responsabilidad penal *“por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”.*

En el instructivo N° 8 de la Fiscalía Nacional sobre la ley de Drogas, de 2 de febrero del año 2005, ⁴¹⁰ se define y clasifica al informante de la siguiente manera: Es *“quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa como encubierto o revelador”.* Para las policías el informante es un particular, que realiza la labor de entrega de información a los funcionarios policiales y que se encuentra inscrito en los registros de dicha institución con la calidad de informante (La regulación de los informantes en materia de ley N° 19.366: en el caso de Carabineros de Chile se encuentra en el Manual de Procedimientos del Departamento Drogas OS 7 y Secciones a Nivel Nacional. En el caso de Investigaciones de Chile se regula en la Orden General N° 1.618 de octubre de 1998).

Allí estos se clasifican en: **a) El informante propiamente tal**, esto es, *“aquella persona que, no actuando como agente encubierto o revelador, suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él”* y; **b) El informante infiltrado**: aquel que sin tener la intención de cometer un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, y con conocimiento de los organismos policiales, participa en la comisión de dichos delitos como si fuere un agente encubierto o revelador. Debe tenerse presente que si bien el informante infiltrado actúa como agente encubierto o revelador, no es tal ya que no es funcionario policial sino un particular que por diferentes motivos se ha involucrado en una organización o participa en la misma.

La declaración en juicio de los informantes también puede ser prestada anticipadamente, conforme lo faculta el artículo 32 de la Ley de Drogas.

En suma, la declaración del coimputado que es determinado un “cooperador eficaz” por parte del fiscal, será llevada a juicio mediante la lectura que de su declaración se de

410 Nota: Véase texto completo del Instructivo N°8 de la Fiscalía Nacional sobre Técnicas de investigación y medidas investigativas del Ministerio Público específicas de la Ley N° 20.000, en el anexo 11) de esta tesis.

en forma anticipada, de conformidad a lo prevenido en el artículo 191 del Código Procesal Penal, sin embargo, estimo que no será necesario acreditarle al Tribunal del Juicio que el "declarante anticipado" no se encuentra en el lugar del juicio, solamente, que se trata de un cooperador eficaz al amparo del artículo 22 de la Ley de Drogas y, en consecuencia, se tratará de una declaración no presencial de un coimputado.

Estimo que los Tribunales no pueden darle el carácter de "colaborador" o "cooperador eficaz" a un coimputado que declara en un juicio. Es una facultad privativa del ente persecutor fiscal, como se deduce del texto expreso de la ley.

1.1.2.- En la Ley N°18.314

Por otra parte, el artículo 4° de la Ley Antiterrorista, la N° 18.314, dispone: *"Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaran a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos"*.

El artículo 9° de la misma ley señala: *"Quedará exento de responsabilidad penal quien se desistiere de la tentativa de cometer algunos de los delitos previstos en esta ley, siempre que revele a la autoridad su plan y las circunstancias del mismo. En los casos de conspiración o de tentativa en que intervengan dos o más personas como autores, inductores o cómplices, quedará exento de responsabilidad penal quien se desistiere cumpliendo con la exigencia prevista en el inciso precedente, siempre que por su conducta haya conseguido efectivamente impedir la consumación del hecho o si la autoridad ha logrado igual propósito como consecuencia de las informaciones o datos revelados por quien se ha desistido. De producirse la consumación del delito, se estará a lo dispuesto en el artículo 4°."*

Los artículos 15 y 16 de la referida Ley, tratan de las normas de protección de los testigos protegidos, al amparo de los artículos 4° ó 9° de la Ley Antiterrorista.

Artículo 15.- *Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal, si en la etapa de investigación el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.*

Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes

medidas: a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos. b) que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y c) que las diligencias que tuvieren lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía, y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo.

Cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía la revisión de las medidas resueltas por el Ministerio Público.

Artículo 16.- El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.

La infracción de estas prohibiciones será sancionada con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, tratándose de quien proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá a su director, además, una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos.

El tema de los testigos protegidos en la Ley Antiterrorista ha sido cuestionado en Chile a raíz de algunos juicios orales seguidos en contra de acusados de la etnia mapuche, donde han declarado ese tipo de testigos, alegándose por las defensas vulneración a las garantías constitucionales del debido proceso y la igualdad ante la ley.⁴¹¹

ALVAREZ CAPEROCHIPI⁴¹² señala que el ámbito europeo que “muchas sentencias destacan que el derecho a conocer la identidad del testigo de cargo para contrastar su testimonio tiene que hacerse compatible con la protección del testigo y con la propia coherencia y limitaciones del proceso penal, afirmando que las limitaciones al derecho a contrastar el testimonio (ocultación de la identidad o de la presencia del testigo, o no personación del mismo en el procedimiento) están sometidos a un principio de justificación y proporcionalidad”.

⁴¹¹ Nota: en lo pertinente una Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 4423-03, de fecha 15 de diciembre de 2003, extraída del siguiente vínculo de internet <http://jprocesalpenal.blogspot.com/2007/08/testigo-identidad-reservada-conviccin-y.html>, con fecha 15 de febrero de 2011, que señala sobre el particular: “Tercero: Que en relación a la infracción a los derechos y garantías asegurados por la Constitución Política y Tratados Internacionales el recurso del imputado Pichún reclama del debido proceso al no poder rendir prueba sobre la falta de idoneidad moral del testigo reservado N° 1 al no conocerse su identidad. En cuanto a la identidad reservada del testigo, que según dicen los recurrentes afecta el debido proceso y al principio de igualdad ante la ley, cabe expresar que lo que se reclama ha sido autorizado por el legislador en los artículos 15 y 16 de la ley 18.314 dada la peligrosidad que lleva envuelta el delito terrorista”.

⁴¹² ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, “El derecho a conocer e interrogar el testigo de cargo en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Navarra*, año 2007 en vínculo de internet http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/CE3BDB42-2AEA-4E2D-8330-FE647BB2B2E7/0/RJ_43_II_1.pdf, pág. 191.

El citado autor ⁴¹³ expone que hay sentencias que estiman que el derecho de contradicción no exige que el acusado y su defensa conozcan la identidad del testigo de cargo, (citando: *Doorson contra los Países Bajos S 26-3-1996; Craxi contra Italia, S 5-12-2002* y C. Buritis y otros contra Lituania S 28-3-2002, donde señaló en lo medular: “El Tribunal sostiene que las pruebas penales deben realizarse, por regla general, en una vista pública con presencia del acusado, y expresamente afirma que no excluye la posibilidad de utilizar testimonios o declaraciones anónimas siempre que y, en todo caso, no impidan al acusado poder cuestionar su fiabilidad y veracidad. La sentencia declara nulo el juicio penal pero porque no se pudo contrastar por el acusado el testimonio de los testigos de cargo, pero no porque ellos no fueran conocidos”). La jurisprudencia anterior es precisamente contraria a la de nuestra Excma. Corte Suprema Rol N° 4423-03 a que se alude en nota 403 de pie de página, donde la defensa atacaba precisamente el fallo, por no habersele permitido rendir prueba “sobre la falta de idoneidad moral del testigo reservado N° 1 al no conocerse su identidad”.

Pero, este autor señala además, que hay otras sentencias que, por el contrario estiman que el derecho de contradicción exige también conocer la identidad del testigo del cargo, no solo a interrogar y contrastar su testimonio (citando: *S 14-2-2002, en Visser contra los Países Bajos; van Mechelen y otros contra los Países Bajos, S 23-4-1997*).

En Chile las declaraciones de testigos protegidos que sean del todo ajenos a los hechos que se le imputan a determinados imputados, o sea cuando no sean a su vez coimputados, aparece reglamentada en torno a las medidas de protección con que se los ampara, es decir, resguardo de su propia identidad básicamente. En principio tales normas parecen estar en contradicción con el derecho a conocer por parte del acusado de la prueba de cargo que lo incrimina. Lo anterior es sólo parcialmente cierto, pues siempre el acusado y su defensa, antes del juicio, en la oportunidad prevista en el artículo 260 del Código Procesal Penal, tendrán oportunidad para conocer cabalmente la prueba, en este caso – el contenido de tal declaración del testigo protegido – más no la identidad del mismo, lo que únicamente podría tener relevancia para el caso que la defensa pretendiere atacar la idoneidad del mismo testigo. Sin embargo, estimo que aún en el caso de tratarse de testigos protegidos, usando hábilmente las preguntas del inciso 1° del artículo 309 del Código procesal penal, la defensa pudiere llegar a buen término, pues la regla, es que ya no hay testigos inhábiles como antaño.

Si, por el contrario, se trata de declaraciones de “testigos protegidos” que son coimputados realmente, pese a que no se ha seguido acción penal en contra de aquellos, por darse alguna de las modalidades de los artículos 4° o 9° de la llamada Ley Antiterrorista, sus asertos deberían ser valorados conforme a las reglas generales ya señaladas y pudiere, perfectamente pensarse en el “carácter premial” de su condición de testigo y no coimputado al momento de valorar sus dichos conforme a los llamados criterios de verificación del relato del

413 ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, Art. Cit., págs.191 a 193.

coimputado, sin vulnerarse en ello, una valoración libre y racional de la prueba como exige el artículo 297 del Código Procesal Penal.

1.2.- La declaración premial del artículo 11 N°9 del Código Penal

De otro lado, el Código Punitivo en su artículo 11 refiere: *Son circunstancias atenuantes N° 9: "Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos"*.

Cuando un coimputado decida colaborar con la investigación prestando declaración ante la Policía, con delegación previa del fiscal o bien, ante aquél y allí de cuenta no sólo de su propia actuación, sino que también incriminando a otros partícipes, naturalmente estará colaborando al esclarecimiento de los hechos.

Pero, puede ocurrir también, que uno de los coimputados decida declarar, como medio de defensa en el juicio oral, renunciando a su derecho a guardar silencio y allí, no solamente confiese su propia participación, sino que, además, se refiera a la participación de otro coimputado.

En ambos casos se ha establecido que está colaborando al esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, algunos han sostenido que no basta cualquiera colaboración, sino que, además, aquella debe ser sustancial.

En efecto una jurisprudencia de la ICA de Santiago, del año 2005,⁴¹⁴ ha señalado en los considerandos pertinentes: *"6º. Que para resolver sobre el particular, debe tenerse presente que son atenuantes de responsabilidad penal aquellas circunstancias previstas por el legislador que tienden a morigerar la pena que la ley asigna al delito en abstracto, sea en atención a los móviles que hayan impulsado al agente, a las circunstancias personales del mismo, o a su conducta posterior, cuanto ésta revela algún grado de arrepentimiento, o al menos, conciencia de la ilicitud del acto cometido. Es a esta última finalidad a la que atiende la minorante prevista en el actual artículo 11 del Código Penal, que expresa textualmente Si se ha colaborado sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos. 7º. Que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, colaborar es contribuir, ayudar con otros al logro de un fin. El adjetivo sustancial es definido como lo esencial y lo más importante de una cosa. Luego, colaborar sustancialmente es contribuir de manera esencial al logro del fin, en este caso, el esclarecimiento de los hechos investigados. De lo expuesto se desprende que la*

414 Sentencia de la ICA de Santiago Rol N° 526-2005 de fecha 22 de noviembre de 2005, en vínculo de internet http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:255&dtid=1970102&docID=, visitado el 15 de febrero de 2011.

colaboración sustancial que exige la norma citada debe necesariamente traducirse en una acción o declaración del imputado que tienda a proporcionar elementos que contribuyan o agilicen la labor del investigador, o que faciliten de algún modo la consecución de los fines del proceso. 8º. Que en consecuencia al aparecer en los registros de la investigación del Ministerio Público consignado un reconocimiento pormenorizado de los hechos por parte del imputado se estimara que al efecto se configura la minorante de responsabilidad del Nº 9 del artículo 11 del Código Penal”.

En una sentencia del Primer TJOP de Santiago, Rol 14-2005 de fecha 21 de octubre del mismo año, se estableció en el considerando Undécimo: “Que la defensa no discutió ni el delito ni la participación, su línea de defensa se centró más bien en la actitud que tuvo el acusado desde los inicios de la investigación de cooperar con la investigación, ya que el Ministerio Público no contaba con prueba directa, sino que concatenada, motivo por el cual solicitó se le otorgara a su representado la circunstancia atenuante de haber colaborado sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos contemplada en el Nº 9 del artículo 11 del Código Penal. Tal como se adelantó en la deliberación, el tribunal estimó que concurre esta atenuante, por cuanto desde el momento en que el acusado es detenido, mostró una actitud de cooperación con la investigación, no oponiendo resistencia en ningún momento, dejando que le sacaran las fotografías de su cuerpo y de las huellas de sus zapatos. Asimismo, el tribunal pudo percibir en la audiencia, en el momento que prestó declaración, una actitud que denotaba la intención de no desvirtuar los hechos ni confundir al tribunal, sino muy por el contrario, su declaración cumplió precisamente con el objetivo de aclarar cómo sucedieron los hechos que él protagonizó de manera inmediata y directa, estimándose sus dichos veraces y coherentes, así como también pudo informar al tribunal, en forma espontánea y abierta, que salió de su casa para delinquir, porque es la única forma que tiene para procurarse lo necesario para subsistir, lo que se estimó meritorio, en términos de que no trató de desfigurar ni encubrir su intención, ni tratar de exculparse de la realización del hecho punible, sumado esto a que el tribunal pudo efectivamente tener clara la forma en que ocurrieron los hechos y por qué procedió de esa manera, razón por la cual se accedió a su otorgamiento”. La Fiscalía cuestionó entre otras cosas, el fallo referido la atenuante concedida por el tribunal de juicio y en el respectivo recurso de nulidad fundamentó lo siguiente: “En lo atinente a la primera de las atenuantes mencionadas critica el basamento undécimo que la da por concurrente sobre la base que el agente, desde su detención, mostró una actitud de cooperación, al no oponer resistencia y dejar que lo fotografiasen, no sólo su cuerpo, sino que también las huellas de sus zapatos (sic) y que, en la respectiva audiencia, prestó declaración aclarando cómo sucedieron los hechos en forma veraz y coherente. Explica que para la procedencia de este motivo debe existir una “colaboración”, una contribución a la realización de algo y que debe apuntar a esclarecer, a hacer luz, a dilucidar los hechos y, también, ella debe ser sustancial, o sea, de gran entidad o envergadura, lo más importante. Exigencias legales que no parecen suficientes con que el sujeto muestre docilidad a los fines del proceso, pues se requiere un real aporte a la investigación, una

colaboración de relevancia, de gran entidad sin la cual los resultados de aquélla hubieran sido distintos, todo lo que no ocurre en el presente caso, por cuanto las reflexiones octava y décima revelan que, ni en la comprobación del delito ni en la participación culpable, la actitud del hechor resultó relevante para ese esclarecimiento, ya que ambos tópicos se apoyan en elementos de convicción diversos a esa colaboración que describe el fallo, puesto que se trata de un robo cometido por un solo individuo que fue sorprendido en el interior de la casa y al poco rato se le detuvo en la vía pública, recuperándose las especies sustraídas. Cree evidente la equivocación en la aceptación de esta mitigante sin la convergencia de los elementos legales, cuya no es la naturaleza de aquellos que se detallan en el motivo undécimo". La Corte, conociendo del recurso señaló sobre el particular en el basamento Quinto: Que por lo pronto el primer tema planteado dice relación con la admisión de las atenuantes de la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos y de haber procurado reparar con celo el mal causado, que el compareciente cuestiona, la primera de las cuales en realidad constituye una de las formas de colaboración con la justicia, como lo es asimismo la autodenuncia y confesión de quien pudo "eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose", pero la redacción más amplia de la primera extiende su campo de aplicación y permite una apreciación más laxa de las modalidades de la colaboración con la justicia, muy necesaria en el nuevo proceso penal, sobre todo para recompensar a quien, reconociendo su responsabilidad en los hechos que se le inculpan, aprueba soluciones diferentes al juicio oral, como la suspensión condicional del procedimiento o el procedimiento abreviado; y entonces queda reducida a una cuestión menor la exigencia detallada de requisitos que antes se hacía valer para el acogimiento de la atenuante del Nº 8º del artículo 11 del Código Criminal, puesto que, a falta de ellos y siempre que se haya colaborado sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos, corresponderá valorar ésta del Nº 9º. Y las mayores exigencias que reclama el compareciente para su procedencia sólo quedan reservadas para los casos en que la colaboración con la justicia configura una mitigante especial, como es, por ejemplo, el arrepentimiento eficaz que consagra el artículo 22 de la ley Nº 20.000, de dieciséis de febrero último, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. No obstante, la colaboración debe ser sustancial, vale decir, no ha de limitarse a proporcionar detalles intrascendentes, sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de las averiguaciones, aunque no es preciso que se traduzca verdaderamente en resultados concretos. Es así como la actitud del enjuiciado que se describe en el considerando undécimo es una de las maneras de colaborar sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos pesquisados, toda vez que ella corroboró no sólo los elementos de comprobación del hecho punible, sino que también permitió determinar la persona del delincuente sin que fueran indispensables las restantes probanzas reunidas para la demostración de esa participación culpable". ⁴¹⁵

Otra sentencia de la ICA de Santiago, de fecha 25 de febrero de 2010, ⁴¹⁶ dispuso sobre la mentada aminorante: *“CUARTO: Que para que concurra la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, se exige que el imputado haya “colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, lo que el recurrente entiende cumplido por haber éstos confesado su participación en el ilícito investigado durante la audiencia de juicio. Sin embargo, es menester consignar, como lo ha resuelto reiteradamente la Excma. Corte Suprema, que aquella minorante procede únicamente en el evento que la contribución del inculpado haya sido decisiva para la clarificación del suceso, esto es, una disposición total, completa y permanente de aportación al esclarecimiento de los hechos en todas las etapas del proceso. QUINTO: Que, por consiguiente, no basta la mera confesión del encausado acerca de su participación en el hecho punible, especialmente en casos en que, como ocurre en la especie, los imputados fueron sorprendidos en delito flagrante. En efecto, de estimarse que lo que la ley exige para configurar la atenuante es que el procesado confiese su participación delictual, habría bastado que el texto legal así lo señalara expresamente, lo que el legislador no hizo. SEXTO: Que en el caso de autos, como se observa en el motivo cuarto de la sentencia en estudio, los jueces asentaron el hecho ilícito sobre la base de los testimonios de la víctima y funcionarios policiales, datos de atención de urgencia, fotografías de las especies encontradas en poder de los imputados y la evidencia material consistente en la cortaplumas que se describe, sin mencionar las declaraciones de los imputados. En el considerando quinto se tuvo por establecida la participación de los encausados con el mérito de las pruebas allí indicadas, concordantes entre sí que la sentencia describe y pondera. SÉPTIMO: Que se trata de un beneficio procesal trascendente y, desde esa perspectiva, es dable exigir una voluntad clara en orden a entregar antecedentes compatibles entre sí que impliquen verdaderamente un aporte, sin que los jueces deban confrontar o concurrir a otras circunstancias para determinar la certeza o no de la información entregada. Así, en su redacción actual la norma requiere la existencia de un aporte a la investigación por parte del imputado, que contribuya de manera determinante o decisiva al esclarecimiento del delito, sin que sea posible reconocerla en casos de declaraciones puramente contradictorias o irrelevantes. Además, esa colaboración debe ser oportuna, en términos de referir antecedentes nuevos o desconocidos para la investigación, lo que no se da en el caso de autos. OCTAVO: Que la declaración de los acusados, en los términos anotados en los fundamentos precedentes, no han ayudado fundamental y trascendentemente en la clarificación del ilícito materia de autos, pues, como ya se anotó, la decisión de condena se sustenta en la existencia de otros elementos de convicción contra los imputados aportados por el ente persecutor. NOVENO: Que, en ese contexto, la contundencia de los medios de prueba analizados por los sentenciadores unidos a la ausencia de aportes ciertos y relevantes por parte*

⁴¹⁶ Sentencia de la ICA de Santiago Rol N° 2412-2009 de fecha 25 de febrero de 2010, en vínculo de internet, http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:255&dtaid=1970102&docID=visitado el 15 de febrero de 2011.

de los encausados impide calificar de sustancial la colaboración prestada y, por ende, obstan al reconocimiento de la minorante que describe el artículo 11 N° 9 del Código Penal.”

Otra jurisprudencia, esta vez del TJOP de Antofagasta, de fecha 4 de noviembre de 2003, ⁴¹⁷ señaló en el considerando pertinente: *En efecto, con esta minorante se pretende premiar al imputado que, por vía de aportar antecedentes, facilita la labor de persecución del Estado, desarrollando así una actuación a la que no está obligado en modo alguno desde que tiene derecho a guardar silencio durante todo el procedimiento. Sin embargo, aún si consideráramos que el acusado por la vía de sus reconocimientos ha colaborado al esclarecimiento de los hechos, de todas formas deberíamos concluir que no concurre la atenuante, pues no cualquier ayuda es apta para producir el efecto morigerador, desde que la norma predica que la misma debe ser sustancial, es decir, se requiere que de modo considerable, si no decisivo, aporte a la aclaración de un delito. Sólo estas poderosas razones de política - criminal, autorizan para alterar el régimen punitivo normal del Código en el entendido que sin la colaboración del imputado por vía de su confesión o aporte de otros antecedentes probatorios, necesariamente calificados, como testigos, instrumentos o evidencias materiales, la persecución penal habría sido imposible o altamente dificultosa. Así por lo demás lo dejó claro la Comisión de Legislación y Justicia del Senado lo que se manifiesta también en haber considerado como modelo el Código Penal austríaco del año 1974, que concibe como atenuante, también con un alto estándar de procedencia: “cuando el autor mediante su declaración ha contribuido esencialmente al descubrimiento de la verdad”. Por otra parte, más allá de la claridad de la norma en cuanto exige que la colaboración haya sido sustancial, a la misma conclusión se llega si se considera el contexto histórico de la modificación a la atenuante del N° 9 del artículo 11 del Código Penal. En efecto, la misma se hizo a propósito de la adecuación de las normas contenidas en diversos cuerpos legales a las instituciones del nuevo proceso penal. Así, la norma antigua exigía para configurar la atenuante que no existiera en contra del procesado otro antecedente que su espontánea confesión, lo que a la luz de los principios que informan el nuevo sistema resultaba doblemente incongruente. En primer término porque suponía la confesión como medio de prueba. En segundo lugar por cuanto se contraponía al principio de libertad probatoria en la medida que concebía la declaración del procesado como apta sólo para acreditar su participación y no el hecho punible. De este modo, si bien se modificó la redacción de la norma para compatibilizarla con los principios ya indicados, debe necesariamente estimarse que la alta exigencia que planteaba la norma para atenuar la responsabilidad penal, esto es, que el único medio para establecer la participación del procesado fuera su confesión espontánea, se mantienen, requiriéndose también hoy día que la contribución del imputado sea determinante a la hora de la aclaración de los hechos.*

417 Sentencia del TJOP de Antofagasta, Rol N°104-2003 de fecha 4 de noviembre de 2003, extraída del vínculo de internet http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:255&dtid=1970102&docID=, visitado con fecha 15 de febrero de 2011.

Lo importante de esta atenuante, a efectos de esta tesis, es que curiosamente, cuando el Tribunal de por configurada la atenuante de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, es porque ha estimado que sus dichos confirman y esclarecen la prueba del ente persecutor, en palabras más simples la estiman del todo creíble.

Entonces, si se trata de un coimputado que con sus dichos ayuda a sostener la acusación en contra de otro coencartado en los hechos, aclarando por ejemplo su real participación, aunque el otro coimputado no declare en el juicio, si el Tribunal le tiene por configurada la atenuante en cuestión, es porque ya internamente estima su versión creíble y, de esa manera anticipa la credibilidad del testimonio de aquél, pues sería un contrasentido configurarle por un lado la aminorante de "colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos" y, por la otra, entrar a analizar el tema de la credibilidad de su propio testimonio.

CONCLUSIONES DE LA TESIS

1.- El coimputado puede declarar libremente ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en la oportunidad reglada del artículo 326 del Código Procesal Penal o bien en cualquier otra, de conformidad a lo previsto en el artículo 98 del mismo cuerpo legal.

2.- Las declaraciones que un coimputado otorgue en tales oportunidades debe ser valorada por los jueces orales haciendo aplicación del enunciado normativo del artículo 297 del Código Procesal Penal.

3.- La declaración del coencartado en la oportunidad prevista en el artículo 338 del Código Procesal Penal, no sujeta a las formalidades posteriores de su corroboración por la vía del contradictorio – esto es interrogatorios cruzados de las partes y preguntas aclaratorias del Tribunal – no puede ser valorado por los jueces del Juicio, debido a su escasa fiabilidad.

4.- Los jueces del juicio, al valorar las declaraciones de los coimputados deben fundamentar la credibilidad o no, del relato escuchado al coimputado, aquí podrán usarse las pautas foráneas que se han dado como criterios de verificación del mismo.

5.- El uso de los llamados criterios intrínsecos y extrínsecos de verificación del relato del coimputado, no transforman la libre valoración de la prueba en prueba reglada, sino que, por el contrario tienden a racionalizar tal tarea, poniendo una diferencia comparativa con la valoración del simple atestado de un testigo o perito.

6.- Las razones de fondo que se esconden detrás de los llamados criterios de valoración del relato que se han dado extramuros (léase por ejemplo España y Perú), son en todo similares a los fundamentos de la existencia de los careos y las tachas en el antiguo Código Procedimental chileno, es decir, razones de desconfianza natural en las propalaciones de estas personas –coimputados – sirven entonces, para verificar con mayor certeza su credibilidad o falta de ella.

7.- Sólo puede declarar en calidad de testigo un coimputado en el juicio de otro coimputado y nunca en su propio juicio.

8.- El coimputado que declara en el juicio de otro coimputado en calidad de testigo que no tenga aún solucionada su propia situación procesal, debe seguir considerándosele un “imputado” en los términos previstos en el artículo 7 del

Código Procesal Penal y, por ende, nunca se le podría juramentar como a un testigo, sino solamente debe ser exhortado a decir la verdad.

9.- Si, el coimputado tiene satisfecha su situación procesal, puede comparecer en calidad de testigo y declarar bajo juramento en el juicio de su coimputado.

10.- La lectura del derecho y garantía del imputado a "guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento", a que se refiere la letra g) del artículo 98 del Código Procesal Penal, debiera comprender también la oración "pues todo lo que diga puede ser luego llevado a un juicio por la vía de los testigos de oídas", en atención a que de esa manera aquél pudiera comprender que, en realidad, tal testimonio puede llegar al juicio oral por tal vía, aunque aquél en el juicio guarde silencio.

11.- El coimputado puede asilarse en su derecho a guardar silencio durante el juicio oral, sin embargo, su relato puede llegar por la vía de un testimonio de oídas a un juicio oral.

12.- Un policía puede ser testigo de oídas de un relato del coimputado y, a efectos de su valoración por el Tribunal del Juicio, habrá que tener presente la oportunidad y la forma en que el policía obtuvo tal relato.

13.- Tratándose de coimputados menores adolescentes, ellos nunca pueden declarar ante la policía, sólo ante el fiscal y siempre deberán estar acompañados de su defensor, de conformidad a lo previsto en el artículo 31 de la ley N° 20.084.

14.- El relato natural o espontáneo que el coimputado le otorgue a la policía, sin la advertencia previa de sus derechos y sin la presencia de su defensor, y que éste reproduzca en la audiencia, no debe ser valorado por el Tribunal del Juicio, de conformidad a lo establecido en la parte final del artículo 334 del Código Procesal Penal.

15.- Si el relato del coimputado es uno voluntario y autónomo, en presencia de su defensor y con advertencia previa de sus derechos, puede ser luego llevado al juicio por la vía del testigo de oídas.

16.- Si el relato del coimputado se otorga ante un policía previa delegación expresa de un fiscal y se trata de la primera declaración de aquél, el policía debería seguir las pautas del artículo 194 del Código Procesal Penal en tal interrogatorio, en caso contrario, no se debe valorar por el Tribunal del Juicio, de conformidad a lo previsto en el apartado final del artículo 334 del señalado Código.

17.- No caben las delegaciones genéricas dadas por los fiscales a los policías en las órdenes de investigar que les impartan para que le tomen declaración a los coimputados, y que luego aquellos llevan a juicio como un testimonio de oídas, pues de esa manera se vulnera lo previsto en el artículo 91 inciso 2° del Código Procesal Penal y se trataría siempre de una delegación anticipada. En caso de ocurrir ello, no se deberían valorar por el Tribunal del Juicio, los relatos de tal policía en ese punto, de acuerdo a lo señalado en la parte final del artículo 334 del señalado Código.

18.- Si el relato del coimputado es obtenido por el policía mediando alguno de los métodos prohibidos, como a los que se alude en el artículo 195 del Código Procesal Penal, en este caso los jueces no deberían valorar dichos testimonios, por haberse vulnerado garantías fundamentales en su obtención, de conformidad a lo previsto en el mentado artículo 334 del citado cuerpo legal.

19.- Un fiscal pudiere declarar como testigo de oídas de lo señalado ante él por un coimputado cuando lo citare la defensa y fuere en su beneficio. En caso contrario, es decir, cuando sea pedido por la propia fiscalía o por la parte querellante, no debe valorarse tal testimonio pues se trata de una prueba pre constituida de antemano.

20.- Un defensor puede declarar como testigo de oídas respecto de los coimputados, con quien no estuviere vinculado, a menos, que su declaración pudiere comprometer a aquéllos con quienes existiera alguna relación profesional.

21.- No debe darse valor a aquella parte de la declaración en que los testigos de oídas que sean terceros vinculados al proceso (tales como psicólogos, psiquiatras, médicos tratantes o de primeras atenciones o asistentes sociales) expresen lo que les dijo el coimputado sobre los hechos de que se les acusa, cuando no se les haya advertido previamente de su derecho a guardar silencio y no autoincriminarse.

22.- Si un tercero no vinculado al proceso declara como un testigo de oídas, y tiene alguna de las relaciones o motivos personales con un imputado a que se refiere el artículo 302 del Código, pero declara sobre lo que le escuchó decir a un coimputado con el que no tenga tal relación, se encuentra en la misma posición del abogado defensor.

23.- Si se trata de un tercero que obtuvo una declaración del coimputado en sede administrativa y luego es citado a declarar como testigo de oídas a un juicio oral, no cabría valorar tales asertos.

24.- Las declaraciones formales prestadas por coimputados ante el juez de garantía y que se incorporen al juicio mediante su lectura, conforme previene la letra d) del artículo 331 del Código Procesal Penal, sólo se refiere a coimputados que estén declarados rebeldes, en caso contrario no cabe su incorporación al juicio y si se llegasen a incorporar, no podrían valorarse por los jueces.

25.- Las "especies" de declaraciones que los coimputados dan en la fase de investigación ante un juez de garantía, al acordar una suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio no pueden valorarse por los jueces si ello afecta al coimputado del juicio.

26.- La "especie" de declaración que un coimputado da en la fase intermedia ante un juez de garantía, al acordar una convención probatoria y que un interviniente desea incorporar al juicio mediante su lectura, no debe ser valorada por los jueces, pues, técnicamente esa aceptación de hechos no propios, sino ajenos (relativos al coimputado del juicio oral) no constituyen propiamente una declaración bajo los términos que regula el artículo 326 del Código Procesal Penal.

27.- La "especie" de declaración que un coimputado da en la fase intermedia ante un juez de garantía, al acordar un procedimiento abreviado y que un interviniente desea incorporar al juicio mediante su lectura, no debe ser valorada por los jueces, si afecta a un coimputado que no concurrió a tal procedimiento.

28.- La incorporación de la declaración dada por un coimputado, en la situación de la letra c) del artículo 331 del Código Procesal Penal, sólo debe ser admitida cuando el coimputado no esté presente en el juicio, precisamente por una razón que fuere imputable a su coacusado.

29.- No bastan para condenar, las inculpaciones mutuas, como único elemento foráneo de prueba de cargo que se hagan los coimputados, aparte de sus propias confesiones, dado que en este caso no podría dividirse tan simplemente la norma del artículo 340 del Código Procesal Penal.

30.- La declaración del coimputado que es "colaborador eficaz" será llevada a juicio mediante la lectura de su declaración anticipada, de conformidad a lo prevenido en el artículo 191 del Código Procesal Penal, sin embargo, en este caso, no será necesario acreditarle al Tribunal del Juicio que el "declarante anticipado" no se encuentra en el lugar del juicio, solamente, que se trata de un cooperador eficaz al amparo del artículo 22 de la Ley de Drogas.

31.- Cuando un Tribunal acepta respecto de un coimputado la atenuante de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, de colofón está

dándole credibilidad a su testimonio, sin que pueda después, entrar a valorarlo de manera diferente.

32.- Las medidas de protección de testigos protegidos están en contradicción con el derecho a conocer por parte del acusado de la prueba de cargo que lo incrimina.

33.- Para acreditar la idoneidad de testigos protegidos pueden usarse las preguntas del inciso 1° del artículo 309 del Código Procesal Penal.

34.- Si se trata de declaraciones de "testigos protegidos" que son coimputados realmente, pero no se ha seguido acción penal en contra de aquellos, por darse alguna de las modalidades de los artículos 4° o 9° de la llamada Ley Antiterrorista, en el momento de la valoración de sus asertos debe tenerse presente el "carácter premial" de su condición de testigo, debiendo usarse los criterios de verificación del relato del coimputado, sin vulnerarse en ello, una valoración libre y racional de la prueba como exige el artículo 297 del Código Procesal Penal.

INDICE PORMENORIZADO DE LA TESIS

NOMBRE	PÁGINA
¿CUÁNDO DEBIÉRAMOS ESTIMAR EFICACES LAS DECLARACIONES PRESTADAS POR UN COIMPUTADO?	1
ABREVIATURAS USADAS EN LA TESIS	3
INDICE GENERAL DE LOS CAPÍTULOS DE LA TESIS	5
INTRODUCCIÓN	7
INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO I	17
CAPÍTULO I	
NOCIONES GENERALES PREVIAS	19-35
Preámbulo del Capítulo I	19
1. Circunscribiendo el tema de la tesis	19
2. Algunos conceptos básicos	22
3. Las Distintas Fases del Procedimiento Ordinario de Acción Pública	27
4. De dónde nace la posibilidad de la existencia de varios coimputados en un proceso penal	31
4.1.- Posibilidades de actuación de los denunciados o querellados en la fase de investigación	33
a) mantener una actitud pasiva	33
b) ejercer actuaciones, como por ejemplo prestar declaración	33
4.1.1. formas en que puede llegar tal declaración al juicio	34
4.1.1.1. de manera no presencial	34
4.1.1.2. de manera presencial pudiera llegar por las siguientes vías	34

INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO II	37
CAPÍTULO II	
LAS DECLARACIONES DEL COIMPUTADO	38-72
Preámbulo del Capítulo II	39
1. Las declaraciones del coimputado a lo largo del proceso penal	39
1.1.- Esquema	41
1.2.- Las Posibilidades de la Declaración del Coimputado	42
A) Declaraciones extrajudiciales	42
A1) declaración extrajudicial ante la Policía	42
A1a) declaración extrajudicial espontánea ante la Policía	42
A1a1).- ¿Ese testimonio del policía como testigo de oídas, puede ser llevado a juicio por el fiscal?	43
A1b).-declaración extrajudicial voluntaria ante la Policía ..	43
A1b1).-declaración judicial voluntaria ante la Policía sin defensor del imputado	44
A1b2).- declaración judicial voluntaria ante la Policía con la presencia del defensor del imputado	44
A2).-declaración extrajudicial ante el Fiscal o el abogado asistente de fiscal	44
A3).-declaración extrajudicial voluntaria ante un tercero.....	45
A3a).- declaración extrajudicial voluntaria ante un tercero no vinculado al proceso	45
A3b).-declaración extrajudicial voluntaria ante un tercero vinculado al proceso.....	46
B).- Declaración Judicial	47
B1).-Ante el Juez de Garantía al acordar acuerdos reparatorios.....	47
B2).-Ante el Juez de Garantía al acordar una suspensión condicional del procedimiento	48

B3).-Ante el Juez de Garantía al acordar procedimiento abreviado	49
B4).-Ante el Juez de Garantía, en uso de su derecho de prestar declaración ante aquél en cualquier fase (investigación o intermedia) del procedimiento	49
B5).- En la fase intermedia, cuando el imputado acuerde convenciones probatorias sobre hechos que afecten a los coimputados	50
B6).-Ante el tribunal de Juicio Oral, cuando el coimputado desee prestar declaración como mecanismo de defensa en su propio juicio	50
B7).-Ante un Tribunal de Juicio Oral, cuando el coimputado sea citado como testigo a prestar declaración en un juicio que no es el suyo	50
2. Las posibilidades de actuación de un coimputado, coacusado o coencartado, en las distintas fases del proceso penal	51
2.1.- La gran clasificación dual de los dichos del imputado – dependiendo de ante quien aquél la presta	51
2.1.1.- La Declaración Judicial del coimputado	51
2.1.1.1.- Ante el Juez de Garantía	52
2.1.1.2.- Respecto de la Declaración Judicial propiamente tal de un coimputado ante El Juez de Garantía, existen variados tópicos de interés	52
2.1.1.2.1.- Cabe aquí, en mi opinión, hacer una precisión que no hizo el legislador y que es la siguiente ...	53
2.1.1.3.- Las “Especies de Declaraciones” de los Coimputados al amparo de algunas Salidas Alternas y del Procedimiento Abreviado	54

2.1.1.4.- La situación especial de la convención probatoria que acuerda un coimputado, en lo que dice relación con su propia participación y la de los restantes coimputados	55
2.1.1.5.- Ante el Tribunal de Juicio Oral	61
2.2.- La Declaración Extrajudicial del coimputado	62
2.2.1.- Declaración extrajudicial del coimputado ante la Policía	62
2.2.1.a).- La natural o espontánea.....	63
2.2.1.b).- La voluntaria	63
2.2.1.c).- La provocada	63
2.2.1.a).- Declaración extrajudicial espontánea o natural del coimputado ante la Policía	64
2.2.1.b).- Declaración extrajudicial voluntaria del coimputado ante la Policía	65
2.2.1.b).1.- De la Norma anterior se desprenden varias consecuencias	65
2.2.1.c).- Declaración extrajudicial provocada del coimputado hacia la Policía	67
2.2.2.- Declaración extrajudicial del coimputado frente al fiscal o un abogado asistente de fiscal	67
2.2.3.- Declaración extrajudicial del coimputado ante su defensor	70
2.2.4.- Declaración extrajudicial del coimputado ante un tercero	70
2.2.4.a).- Declaración extrajudicial del coimputado ante un tercero particular no vinculado al proceso	71
2.2.4.b).- Declaración extrajudicial del coimputado ante un tercero profesional vinculado al proceso	71

INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO III	73
CAPÍTULO III	
EL COINCULPADO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	75-91
Preámbulo del Capítulo III	75
1. Antecedentes Generales	75
2. El careo	80
3. El valor probatorio del careo	82
4. Las causales de tacha de los numerales 7° y 8° del artículo 460 del Código de Procedimiento Penal	85
5. Valor probatorio de los testigos a quienes les afectare una de las causales de tacha señaladas	87
INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO IV	93
CAPÍTULO IV	
LA POSIBILIDAD DE DEPURAR LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS EN LA FASE INTERMEDIA	95-163
Preámbulo del Capítulo IV	95
1. Nociones Generales de la Fase Intermedia en relación a la exclusión de pruebas	95
2. Los casos de exclusión de prueba por ilicitud	99
2.1.- La nulidad procesal en relación a la exclusión probatoria por ilicitud (conocida también como prueba ilegal o irregular)	99
2.2.- Probanzas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales	102
3. ¿Cómo se puede ofrecer la declaración de un coimputado para un juicio, a efectos de discutir sobre su posible exclusión?	105
3.1.- La Declaración Presencial	105
3.1.1.- La Primera Forma	105
3.1.2.- La Segunda Forma	105
3.2.- La Declaración No Presencial	108

3.2.1.- El Primer Mecanismo	108
3.2.2.- El Segundo Mecanismo	108
4. Las alegaciones sobre exclusión probatoria que pudieran darse sobre las declaraciones de los coimputados en la audiencia de preparación del juicio oral	109
4.1.- Alegaciones sobre posible exclusión probatoria, respecto de las declaraciones no presenciales del coimputado	111
4.1.1.- Declaración extrajudicial del coimputado en la fase de investigación, llevada a juicio por un testigo de oídas	111
4.1.1.a).-declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante la Policía, de manera natural o espontánea	112
4.1.1.b).-declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante la Policía, de manera voluntaria y en forma autónoma.	115
4.1.1.b1).-declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante la Policía, de manera voluntaria en forma delegada	116
4.1.1.c).- declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante la Policía, de manera provocada	123
4.1.1.d).-declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante el fiscal del ministerio público, con o sin la presencia del defensor	123
4.1.1.d1).- ¿Quién cita al fiscal como testigo?	127
4.1.1.d1)1).-la propia fiscalía cita como testigo de oídas	

de lo dicho por un coimputado al fiscal que presenció tal declaración	127
4.1.1.d1)2).-la parte querellante cita como testigo de oídas de lo dicho por el coimputado al fiscal que presenció tal declaración	127
4.1.1.d1)3).-La Defensa cita Como Testigo de Oídas de lo dicho por el Coimputado al Fiscal que presenció tal declaración	128
4.1.1.e) declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante un tercero no vinculado al proceso	129
4.1.1.e1).-declaración extrajudicial del coimputado dada en la fase de investigación ante un tercero vinculado al proceso	130
4.2.- Declaración presencial del coimputado	134
4.2.1.- Declaración judicial del coimputado, ante el juez de garantía, en la fase de investigación	134
4.2.2.- Declaración judicial del coimputado, ante el juez de garantía, en la fase intermedia	139
4.2.3.-Las "especies de declaración" prestadas por el coimputado, ante el juez de garantía en la fase de investigación	139
4.2.3.1.- La interrogante que aparece es la siguiente:	140
4.2.3.1.a).-En la Suspensión Condicional del Procedimiento	140
4.2.3.1.b).-En los Acuerdos Reparatorios	144
4.2.4.-Las "especies de declaración" prestadas por el coimputado, ante el juez de garantía en la fase intermedia	145
4.2.4.1.-Para Configurar La Agravante De Pluralidad de Malhechores	147
4.2.4.2.- Para lograr la convicción de condena del coimputado.....	149

4.2.5.- La situación especial de las convenciones probatorias cuando un imputado al aceptar dar por acreditados ciertos hechos, incrimina a otros coimputados	150
4.2.6.- Declaración judicial de los coimputados en su juicio oral, como mecanismo de defensa	151
4.2.6.1.- Como testigo en un juicio diverso en contra de un coimputado por los mismos hechos	157
INDICE GENERAL DEL CAPÍTULO V	165
CAPÍTULO V	
SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS	167-271
Preámbulo del Capítulo V.....	167
1. Cómo se ha regulado en Chile, la admisibilidad de las declaraciones de los coimputados	167
1.1.- En El Derecho Penal Sustantivo o Material	167
1.2.- En El Derecho Penal Procesal	169
1.2.1.- Las cinco vías de acceso de las declaraciones de coimputados en nuestro sistema.....	170
1.2.1.1.-Uno) como declaraciones presenciales de un Coimputado a favor o en contra de otro, prestadas en el mismo juicio como medio de defensa	171
1.2.1.1.1)- Auto inculporatorias e Inculporatorias para otros (todos somos culpables)	171
1.2.1.1.1.A) Opción Silencio	
Los coimputados que son inculporados por el único coimputado que declara en juicio, guardan silencio en el mismo.	172
1.2.1.1.1.B) Opción Declaración	

Los coimputados que son incriminados por el imputado, también deciden declarar y aquí hay cuatro posibilidades más	172
1.2.1.1.2).- Auto exculporias e Incriminatorias para otros; (yo soy inocente y los demás son culpables)	173
1.2.1.1.2.A) Opción Silencio	
Los restantes coimputados incriminados ejercen su derecho a guardar silencio	173
1.2.1.1.2.B) Opción Declaración	
Los restantes coimputados incriminados optan por declarar y también hay cuatro posibilidades más	173
1.2.1.1.3).- Auto incriminatorias y Exculporias para otros; (yo soy culpable y los demás son inocentes)	174
1.2.1.1.3.A) Opción Silencio	
Los restantes coimputados exculpados ejercen su derecho a guardar silencio	174
1.2.1.1.3.B) Opción Declaración	
Los restantes coimputados exculpados optan por declarar y hay cuatro posibilidades más	174
1.2.1.1.4).- Auto exculporias y Exculporias para otros; (todos somos inocentes)	175
1.2.1.1.4.A) Opción Silencio	
Los restantes coimputados exculpados ejercen su derecho a guardar silencio	175
1.2.1.1.4.B) Opción Declaración	
Los restantes coimputados exculpados optan por declarar y hay cuatro posibilidades más	175
1.2.2.- En cuanto al valor probatorio de las declaraciones de los	

coimputados presentes en el juicio, en relación a los demás	
coimputados de la sala	176
1.2.2.1.- Análisis de las diferencias de las declaraciones	
de un testigo y un coimputado	177
1.2.2.1.1.- Elementos que distinguen la declaración de un	
coimputado, prestada en juicio, en relación a testigos	
y peritos	177
1.2.2.1.1.a).- no es obligatorio para el coimputado	
prestar declaración como en el caso de los testigos y	
peritos citados al juicio oral (derecho a guardar	
silencio)	178
1.2.2.1.1.b).- si se presta declaración por el	
coimputado, no se hace nunca bajo juramento,	
sino sólo exhortado a decir la verdad.....	179
1.2.2.1.1.c).- comienza siempre con un relato	
libre del coimputado, el Código Procesal Penal	
señala: "En tal caso, el juez presidente de la sala le	
permitirá que manifieste libremente lo que creyere	
conveniente respecto de la o de las acusaciones	
formuladas"	182
1.2.2.1.1.d).- al igual que en el caso de las	
declaraciones de testigos y peritos, puede estar	
sujeta a contradicción, es decir, pueden intervenir	
preguntando no sólo el defensor sino que también	
la o las partes acusadoras	184
1.2.2.1.1.e).- también los jueces al final de su	
declaración, podrán "formularle preguntas	
destinadas a aclarar sus dichos",	

al coimputado que declara	186
1.2.2.1.1.f).- A diferencia de lo que ocurre en el caso de testigos y peritos, el coimputado puede, en cualquier estado del juicio, "solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos"	189
1.2.2.1.1.g).- Se le aplican también al coimputado que se allana a declarar, las normas relativas a los métodos de interrogación de testigos y peritos, a que se alude en el artículo 330 del Código Procesal Penal	190
1.2.3.- Dos) Como declaraciones de testigos de "oídas"	194
1.2.3.1.- La lectura del artículo 295 del Código Procesal Penal	194
1.2.4.- Tres) Como lectura de las declaraciones anteriores de los coimputados	195
1.2.4.1.- Análisis de cada posibilidad	196
1.2.4.1.1.- Mi lectura o explicación de la norma indicada es la siguiente.	197
1.2.5.- Cuatro) la incorporación de determinados antecedentes documentarios donde conste también la declaración de un coimputado	198
1.2.6.- Cinco) la declaración de un coimputado en calidad de testigo en el juicio de su coimputado	201
1.3.- ¿Cómo debieran valorarse entonces las declaraciones de los coimputados que lleguen por las distintas vías señaladas al juicio oral?	202
1.3.a) Gráfico 2	207
1.3.1.- Las declaraciones Presenciales de los Coimputados	208
1.3.1.1.- Las declaraciones presenciales de coimputados,	

dadas en sede de juicio oral, al tenor de lo preceptuado en el artículo 326, en relación a lo prevenido en el artículo 98 del Código Procesal Penal (voluntaria)	208
1.3.1.1.1.- La Opción A (como testifical, o sea como medio de prueba)	209
1.3.1.1.2.- La Opción B (como medio de defensa)	210
1.3.1.1.3.- La Opción C (intermedia, es decir como medio de prueba testifical y como medio de defensa)	211
1.3.1.2.- Las declaraciones presenciales de coimputados, otorgadas en la oportunidad prevista en el inciso final del artículo 338 del Código Procesal Penal (voluntaria)	212
1.3.1.3.- Las declaraciones presenciales de coimputados, dadas en sede de juicio oral, como testigos de cargo de la fiscalía (no voluntaria)	213
1.3.1.4.- Las declaraciones presenciales de coimputados, dadas en sede de juicio oral, como testigos de descargo de la defensa (no voluntaria)	214
1.3.2.- Las declaraciones NO presenciales de coimputados	214
1.3.2.1.- Las declaraciones NO presenciales de coimputados, llevadas al juicio por testigos de oídas	215
1.3.2.1.1.- El testigo de oídas es un agente de la Policía	215
1.3.2.1.2.-El testigo de oídas es un fiscal o un abogado asistente de un fiscal	218
1.3.2.1.3.-El testigo de oídas es el Defensor	219
1.3.2.1.4.- El testigo de oídas es un Tercero No	

vinculado al proceso	219
1.3.2.1.5.- El testigo de oídas es un Tercero	
vinculado al proceso	219
1.3.2.2.- Las declaraciones NO presenciales de	
coimputados, llevadas al juicio mediante la lectura	
de documentos que las contienen	220
1.3.2.2.1.- En declaraciones Judiciales prestadas	
ante un Juez de Garantía	221
1.3.2.2.2.- En declaraciones no formales o	
“especies de declaración” vertidas por el	
coimputado ante un Juez de Garantía y	
que constan también en documentos	223
1.3.2.2.3.- En la situación prevista en el literal c)	
del artículo 331 del Código Procesal Penal	226
1.3.3.- La situación especial de las declaraciones dadas	
por sujetos ante autoridades administrativas, fuera de un	
proceso penal y que luego pretenden ser llevadas a juicio	
cuando aquéllos se convierten en imputados o coimputados,	
sea mediante la testimonial de los fiscales administrativos	
o la incorporación de los sumarios administrativos	
que las contienen	227
1.4.- Cómo debieran valorarse entonces las declaraciones de los coimputados	
mencionados anteriormente	230
1.4.1.- Respecto de las declaraciones presenciales de coimputados	230
1.4.1.1- Para declaraciones presenciales voluntarias de	
coimputados, al amparo de lo preceptuado en el artículo	
326 en relación a lo prevenido en el artículo 98 del	
Código Procesal Penal	230

1.4.1.2.- Para declaraciones presenciales voluntarias de coimputados, al amparo de lo preceptuado en el artículo 338 del Código Procesal Penal	235
1.4.1.3.- Para declaraciones presenciales no voluntarias de coimputados, dadas en sede de juicio oral como testigos	236
1.4.1.3.1.- Como testigo de la Fiscalía	237
1.4.1.3.2.- Como testigo de la Defensa	238
1.4.2.- En lo tocante a declaraciones no presenciales de coimputados	239
1.4.2.1.- Es llevada a juicio por un testigo de oídas	239
1.4.2.1.1.- Es un agente de policía	239
1.4.2.1.1.1.- se trata de una declaración espontánea o natural del coimputado ante la Policía	239
1.4.2.1.1.2.- se trata de una declaración voluntaria autónoma del coimputado ante la Policía	240
1.4.2.1.1.3.- se trata de una declaración voluntaria delegada en el policía por el fiscal que le da el coimputado	240
1.4.2.1.1.4.- se trata de una declaración provocada por el agente policial del coimputado	241
1.4.2.2.- Es un fiscal o abogado asistente de fiscal, quien escuchó la declaración del coimputado	241
1.4.2.3.- Un defensor es quien escuchó la declaración del coimputado	241
1.4.2.4.- Un tercero ajeno o no vinculado al proceso es quien	

escuchó la declaración del coimputado	242
1.4.2.5.- Un tercero vinculado al proceso por su profesión	
escuchó la declaración del coimputado	242
1.4.3.- Está contenida en un documento que se lee en el juicio	242
1.4.3.1.- Se trata de una declaración formal de un coimputado prestada ante un juez de garantía – artículo 331 letra d)	
del Código Procesal Penal	243
1.4.3.2.- Se trata de una declaración no formal de un coimputado prestada ante un juez de garantía	243
1.4.3.2.1.- En una suspensión condicional del procedimiento o en un acuerdo reparatorio	243
1.4.3.2.2.- En un procedimiento abreviado	244
1.4.3.2.3.- En una convención probatoria	244
1.4.3.3.- La situación del artículo 331 letra c) del Código Procesal Penal.	245
1.4.3.4.- La situación del artículo 331 letra b) del Código Procesal Penal.	246
1.5.- ¿La declaración de coimputados es un asunto de libre valoración?	246
1.6.- La cuestión de la eficacia de las declaraciones de los coimputados para los jueces	252
2. Cómo se ha regulado en algunos países la admisibilidad de las declaraciones de los coimputados	256
2.1.- En los países del Common Law	256
2.2.- En algunos países de Europa	258
2.2.1.- Alemania.....	258
2.2.2.- En Italia.....	259
2.2.3.- En España.....	260
2.3.- En algunos países latinoamericanos y centroamericanos	262

BIBLIOGRAFÍA

I.- LIBROS

A

ARMENTA DEU, TERESA

1.- "Lecciones de Derecho Procesal Penal", 4ª edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, año 2009.

B

BINDER M., ALBERTO

2.- "Introducción al Derecho Procesal Penal", Segunda edición actualizada y ampliada, Reimpresión, Editorial Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, año 2000.

BLANCO SUAREZ, RAFAEL; DECAP FERNÁNDEZ, MAURICIO; MORENO HOLMAN, LEONARDO y ROJAS CORRAL, HUGO

3.- "Litigación Estratégica En el Nuevo Proceso Penal", Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, Chile, 1º edición abril de 2005.

BROWN, GUILLERMO

4.- "Límites a la Valoración de la Prueba en el Proceso Penal", Editorial Jurídica Nova Tesis, 1ª reimpresión, Rosario, Santa Fe, Argentina, año 2007.

C

CAFFERATA NORES, JOSÉ I.

5.- "La Prueba en el Proceso Penal- con especial referencia a la ley N°23.984", 3º edición actualizada y ampliada, Ediciones DePalma, Buenos Aires, Argentina, año 1998.

CARBONE, CARLOS A.

6.- "La Prueba Penal ante la Coerción del Imputado – Un Estudio Jurisprudencial", Monografías Nova Tesis N°3, Editorial Jurídica Nova Tesis S.R.L., Septiembre de 2007, Rosario, Santa Fe, Argentina.

CARRIO, ALEJANDRO D.

7.- "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", 3º edición actualizada y ampliada, año 1994, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina.

CAROCCA PÉREZ, ALEX

8.- "El Nuevo Sistema Procesal Penal", Editorial Jurídica La Ley, Santiago de Chile, Chile, 1° edición, año 2003.

9.- "Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal", Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, Chile, 3° edición, año 2005.

CLARIÁ OLMEDO, JORGE A.

10.- "Derecho Procesal Penal- Tomo II", actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, (sin año de edición).

CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO

11.- "Manual del Sistema de Justicia Penal", Tomos I y II, 2° edición actualizada, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, Chile, septiembre de 2010.

CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO

12.- "Valoración de la prueba. Sana crítica". Editorial Librotecnia, 1° edición, agosto de 2008, Santiago de Chile, Chile.

CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO y HERMOSILLA IRIARTE, FRANCISCO

13.- "El Código Procesal Penal – Comentarios-Concordancias y Jurisprudencia", 2° edición actualizada, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, Chile, febrero del año 2006.

CÚNEO LIBARONA, MARIANO

14.- "La declaración del coimputado en el proceso penal", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1ª Edición, mayo de 2009.

D

DÍAZ PITA, M.PAULA

15.- "El Coimputado", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, año 2000.

DESIMONI, LUIS MARÍA

16.- "Prevención Policial y Prueba en Materia Penal", Editorial Policial, Vol. 305, Catamarca, Argentina.

DUCE J., MAURICIO y RIEGO R., CRISTIAN

17.- "Proceso Penal" Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1° Edición, mayo de 2007.

18.- "Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal – Volumen 1", editado por la Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 1° Edición, Santiago de Chile, Chile, mayo de 2002.

E

ECHEVERRÍA DONOSO, ISABEL

19.- "Los Derechos Fundamentales y la Prueba Ilícita – Con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa"; Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, Chile, 1° edición, octubre de 2010.

EDWARDS, CARLOS ENRIQUE

20.- "El Arrepentido, El Agente Encubierto y La Entrega Vigilada". Modificación a la Ley de Estupefacentes. Análisis de la Ley 24.424, Editorial Ad-Hoc, 1° edición, junio de 1996, Buenos Aires, Argentina.

F

FLORIAN, EUGENIO

21.- "De las Pruebas Penales", Tomo I, 4ª reimpresión de la 3ª edición, traducción de Jorge Guerrero, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, año 2002.

FONTECILLA RIQUELME, RAFAEL

22.- "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2° Edición, noviembre del año 1978.

FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA

23.- "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", Vol. II, Traducción de Simón Cornejo y Jorge Guerrero, 4ª Edición, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1997.

H

HERMOSILLA ARRIAGADA, GERMÁN

24.- "Nuevo Procedimiento Penal, Tomo III", colección guías de clases N°18, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, 2° edición actualizada, año 2004, Santiago de Chile, Chile.

HERMOSILLA IRIARTE, FRANCISCO y AGUILAR BREVIS, ALEJANDRO

25.- "Procedimientos Especiales en el Nuevo Proceso Penal" – Procedimiento abreviado, Procedimiento simplificado, Procedimiento monitorio - Procedimiento por delito de acción privada, Tratamiento de la acción civil en aquellos", Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, Chile, 1° edición, marzo del año 2004.

HERMOSILLA IRIARTE, FRANCISCO

26.- "Apuntes Sobre la Prueba en el Código Procesal Penal –comentarios y jurisprudencia". Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, Chile, año 2007.

HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LOPEZ MASLE, JULIÁN

27.- "Derecho Procesal Penal Chileno – Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1° Edición, mayo de 2002.

28.- "Derecho Procesal Penal Chileno – Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación", Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1° Edición, mayo de 2002.

J

JORQUERA LORCA, RENÉ y HERRERA FUENZALIDA, PAOLA

29.- "Curso de Derecho Procesal Penal Chileno", Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago de Chile, Chile, 1993.

M

MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN (COORDINADOR)

30.- "Reforma Procesal Penal- Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1° edición, abril de 2003.

31.- "Reforma Procesal Penal- Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias", Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1° edición, abril de 2003.

32.- "Reforma Procesal Penal- Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias", Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1° edición, abril de 2003.

33.- "Reforma Procesal Penal- Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias", Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1° edición, abril de 2003.

MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL

34.- "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, Chile, 1° edición, julio de 2010.

35.- "Derecho Procesal Penal", Tomo II, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, Chile, 1° edición, julio de 2010.

MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL

36.- "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal", José María Bosch editor, Zaragoza, España, 1º edición, año 1999.

37.- "La mínima actividad probatoria en el proceso penal", José María Bosch editor, Barcelona, España, 1º edición, año 1997.

MITTERMAIER, KARL JOSEPH ANTON

38.- "Tratado de la Prueba en Materia Criminal", traducción al castellano por Primitivo González del Alba, Editorial Hammurabi, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, año 2006.

MORAS MOM, JORGE R.

39.- "Manual de Derecho Procesal Penal - Juicio Oral y Público Penal Nacional", 6º edición actualizada, Editorial Lexis-Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. Año 2004.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO

40.- "La búsqueda de la verdad en el proceso penal", copyright by Editorial Hammurabi SRL, por José Luis DePalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 2ª edición, año 2003.

N

NEIRA ALARCÓN, EUGENIO

41.- "Manual de Procedimiento Penal Chileno", Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, Chile, 1º Edición, año 1992.

NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO

42.- "Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral", Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A. (Idemsa), 1º edición julio de 2010, Lima, Perú.

P

PFEFFER URQUIAGA, EMILIO

43.- "Código Procesal Penal Anotado y Concordado", segunda edición actualizada y aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, febrero del año 2006.

S

SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN

44.- "¿Qué es el Derecho?" Editorial Jurídica de Chile, Manual Jurídico N° 120, 1ª Edición, Santiago de Chile, Chile, mayo de 2007.

T

TALAVERA ELGUERA, PABLO

45.- "La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, Manual del Derecho Probatorio y de la Valorización de las Pruebas en el proceso penal común", Academia de la Magistratura, primera edición, marzo de 2009, Lima, Perú, extraído del vínculo de internet: http://www.amag.edu.pe/publicaciones/libros1/contenidos/La_Prueba.pdf

TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL

46.- "Instituciones del Nuevo Proceso Penal – Cuestiones y Casos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1° edición, año 2005.

V

VIAL CAMPOS, PELAYO

47.- "Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno", Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, Chile, reimpresión de la primera edición, octubre de 2007.

Z

ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA

48.- "La Prueba Ilícita", Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, Chile, Año 2004.

II) INSTRUCTIVOS, ARTÍCULOS y MONOGRAFÍAS

A

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO

1.- "El derecho a conocer e interrogar el testigo de cargo en el proceso penal", en Revista Jurídica de Navarra, año 2007 en vínculo de internet http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/CE3BDB42-2AEA-4E2D-8330-FE647BB2B2E7/0/RJ_43_II_1.pdf, visitado el día 15 de febrero de 2011.

B

BACH FABREGÓ, ROSER

2.- Cuestión 11: ¿Cuál debe ser el alcance de la prueba de corroboración de la declaración inculpativa del coimputado? En "99 Cuestiones Básicas Sobre la Prueba en el Proceso Penal", GRUPO DE INVESTIGACIÓN PENAL: Roser Bach Fabregó, Salvador Camarena Grau, Juan Igartua Salaverría, Juan José López Ortega, Manuel Miranda Estrampes, Jaime Moreno Verdejo, María Poza Cisneros, José Manuel Sánchez Siscart, Javier Hernández García (Director). Trabajo facilitado en archivo Word a este tesista por el Dr. Manuel Miranda Estrampes.

3.- Cuestión 12: ¿Cuál es el régimen de la declaración del coimputado ya juzgado en el enjuiciamiento del coacusado? ¿Coacusado o testigo? En "99 Cuestiones Básicas Sobre la Prueba en el Proceso Penal", GRUPO DE INVESTIGACIÓN PENAL: Roser Bach Fabregó, Salvador Camarena Grau, Juan Igartua Salaverría, Juan José López Ortega, Manuel Miranda Estrampes, Jaime Moreno Verdejo, María Poza Cisneros, José Manuel Sánchez Siscart, Javier Hernández García (Director). Trabajo facilitado en archivo Word a este tesista por el Dr. Manuel Miranda Estrampes.

BLANCO, RAFAEL; HERNÁNDEZ, HÉCTOR y ROJAS, HUGO

4.- "Las Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal Chileno", Colección de Investigaciones Jurídicas N° 8, año 2005, publicación periódica de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.

C

CAMPOS ZUÑIGA, MAYRA

5.- "Un Tema Para Reflexionar: El Fiscal Como Testigo"; artículo aparecido en Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, sin señalarse año de publicación, en el siguiente vínculo de internet, visitado el 09.07.2010 <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2020/UN%20TEMA%20PARA%20REFLEXIONAR%20OEL%20FISCAL%20COMO%20TESTIGO.pdf>

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS

6.- "Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad", Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001 pág. 143, en vínculo de internet http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20y%20la%20banalizacion%20de%20la%20legalidad.pdf, visitado el 6 de enero de 2011.

CONGRESO NACIONAL DE CHILE

7.- Historia de la Ley Nº 19.696, que establece Código Procesal Penal, en documento electrónico PDF, extraído del siguiente vínculo internet www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/395/1/Art242 visitado el día 23.07.2010

8.- Historia de la Ley Nº 20000, Ley de Drogas, en documento electrónico PDF, extraído del siguiente vínculo internet [/http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero](http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero) visitado el día 14.01.2011

CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA

9.- (tesis doctoral) "Atenuación y Remisión de la Pena en los Delitos de Terrorismo" (Estudio del artículo 57 bis B del Código Penal) extraída del vínculo de internet <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0307108-125005/>, visitado el 11 de febrero de 2011.

D

DÍAZ GUDE, ALEJANDRA

10.- "La Experiencia de la Mediación Penal en Chile", artículo aparecido en vínculo de internet http://www.politicacriminal.cl/n_09/Vol5N9A1.pdf, visitado el día 27.07.2010 *Polít. Crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 1, pp. 1-68.

DUARTES DELGADO, EDWIN

11.- "El imputado colaborador en los delitos de narcotráfico", en *Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal*, pág. 130", en vínculo de internet http://egacal.educativa.com/upload/Q2009_DuartesEdwin.pdf, visitado el 14 de febrero de 2011.

E

ECHEVERRÍA RAMÍREZ, GERMÁN

12.- "Imparcialidad del Tribunal Oral en lo Penal: tras la conquista de la garantía", en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII N°1-Julio de 2010, extraído del vínculo de internet: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art12.pdf>

F

FISCALÍA NACIONAL DE CHILE

13.- **INSTRUCTIVO N°31 de la Fiscalía Nacional**, de fecha 12 de diciembre del año 2002, extraído del siguiente vínculo de internet <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2031.doc>.

Visitado el día 22.07.2010

14.- **INSTRUCTIVO N°36 de la Fiscalía Nacional**, de fecha 15 de diciembre del año 2000, extraído del siguiente vínculo de internet <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2036.doc>.

Visitado el día 27.07.2010

15.- **BOLETÍN N° 1 de la Fiscalía Nacional de Chile**, extraído de vínculo internet <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/bol1.pdf>. Visitado el día 04.08.2010

16.- **INSTRUCTIVO N° 56 de la Fiscalía Nacional**, de fecha 29 de marzo de 2001, que aparece en el siguiente vínculo de internet, visitado el día 4 de octubre de 2010. <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2056.doc>

17.- **INSTRUCTIVO N°5 de la Fiscalía Nacional**, de fecha 27 de enero de 2005, que aparece en el siguiente vínculo de internet, visitado el día 14 de febrero de 2011, sección oficios e instrucciones, <http://www.fiscaliadechile.cl/>

H

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR

18.- **"La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno"**, Colección de Investigaciones Jurídicas 2002 N°2, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, año 2002.

HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER

19.- **"El valor probatorio de la actividad investigadora de la policía judicial"**, Ponencia del Curso del Aula Iberoamericana de la Escuela Judicial de España, denominado "LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD EN LOS PROCESOS PENALES MODERNOS", Cartagena de Indias, Colombia, del 17 de noviembre al 21 de noviembre del 2008, al que este tesista asistió como alumno.

20.- **Cuestión 10: ¿Pueden aprovecharse probatoriamente en el proceso penal las aportaciones documentales y las manifestaciones de la persona acusada prestadas en el curso de un previo expediente administrativo sancionatorio bajo cláusulas legales de coerción –por ejemplo, multas o recargos pecuniarios.** En **"99 Cuestiones Básicas Sobre la Prueba en el Proceso Penal"**, **Bloque I: El inculpado como fuente y medio de prueba.** GRUPO DE INVESTIGACIÓN PENAL: Roser Bach Fabregó, Salvador Camarena Grau, Juan Igartua Salaverría, Juan José López Ortega, Manuel Miranda Estrampes,

Jaime Moreno Verdejo, María Poza Cisneros, José Manuel Sánchez Siscart, Javier Hernández García (Director); Trabajo facilitado en archivo Word a este tesista por el Dr. Manuel Miranda Estrampes.

L

LAURA TEILTELBOIM, ALEJANDRO

21.- "Acerca de la posibilidad de llevar al juicio oral las declaraciones prestadas por el imputado en un proceso administrativo", en Revista Procesal Penal N° 31, Editorial Lexis Nexis Chile, de Enero de 2005, Santiago de Chile, Chile, págs. 11 a 18.

M

MENESES PACHECO, CLAUDIO

22.- "Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil" en Revista Ius et Praxis Año 14, Vol. 2, pág. 49, extraída del vínculo de internet <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art03.pdf>.

MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL

23.- "La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: Análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC. (Radiografía de un giro constitucional involucionista). En Revista Xurídica Galega, N° 58, España, 1º trimestre de 2008.

24.- "La Valoración de La Prueba a La Luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004", Instituto de Ciencia Procesal Penal, pág.23; extraído del siguiente vínculo de internet: http://www.google.cl/#hl=es&source=hp&biw=1021&bih=663&q=MANUEL+MIRANDA+ESTRAMPES&aq=f&aqi=g1&aql=&oq=&gs_rfai=&fp=c4e069e279414046.

25.- "Las Presunciones Judiciales en un Sistema Racional de Valoración probatoria", Texto de la ponencia de igual nombre dada en el I Congreso Internacional denominado: "Racionalidad y Justicia. Exigencias de una Decisión Judicial". Celebrado entre el 28 de marzo y 01 de abril de 2011 en la ciudad de Arica, texto entregado por el ponente a este tesista. Organizado por la Asociación regional de magistrados de Arica y Parinacota y el centro de Estudios del Derecho de la Universidad de Tarapacá.

MORENO CATENA, VÍCTOR MANUEL

26.- "La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español" En Revista Penal N° 4, año 1999, págs. 58-67 ISSN 1138-9168, obtenida del sitio de internet <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewPDFInterstitial/66/61>, visitado el 08.06.2010

MUSCO, ENZO

27.- "Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia problemas y perspectivas", en vínculo internet <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/29/27>, pág. 40, visitado 08-09-2010.

P

PÉREZ DEL VALLE, CARLOS

28.- "El Imputado y el derecho de Defensa en el Marco del Proceso Penal - Reflexiones en torno a las consecuencias del principio nemo tenetur", Ponencia del Curso del Aula Iberoamericana de la Escuela Judicial de España, denominado "LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD EN LOS PROCESOS PENALES MODERNOS", Cartagena de Indias, Colombia, del 17 de noviembre al 21 de noviembre del 2008, al que este tesista asistió como alumno.

POBLETE ITURRATE, ORLANDO

29.- "Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención". INFORMES EN DERECHO, Doctrina Procesal Penal 2001-2003. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, año 2003.

R

RAMOS RUBIO, CARLOS

30.- "La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia". En Manuales de Formación Continuada N° 12 – La Prueba en el Proceso Penal – Editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, año 2000.

ROJAS BESOAIN, MARÍA OLGA

31.- La Revista de Derecho Procesal N°8 de septiembre de 1974, del Departamento de la Actividad Jurisdiccional de la Universidad de Chile.

ROJAS SAENZ, GLORIANA

32.- "El derecho a no autoinculparse en materia tributaria", FORO CONSTITUCIONAL IBERAOMERICANO, n°12, AÑO 2005-2006, pág. 207, en vínculo de internet <http://www.idpc.es/archivo/1208279975FCI12NGR.pdf>, visitado el día 31 de diciembre de 2010.

S

SANCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, ISABEL

33.- "El Coimputado que colabora con la justicia penal" – con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes orgánicas 7 y 15 /2003 -, en vínculo de internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>, visitado el día 11 de febrero de 2011.

SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO

34.- "Dudas Razonables: La Declaración de los Coimputados", en http://www.rexurga.es/pdf/col_227.pdf. Pág.13 a 33, Revista Xurídica Galega.

SIN AUTOR

35.- Lección 17: Interrogatorio de la Víctima, Testigos y Peritos en el acto del Juicio Oral En El Código Procesal Penal Hondureño. Principales Causas De Nulidad De Actuaciones.
<http://www.escuelajudicial.gob.hn/NR/rdonlyres/AF59D1D3-349B-432B-B41B-6FF929E4E2E1/3038/LECCI%C3%83%E2%80%9CN17.pdf>. Enlace internet visitado 14.07.2010

Z

ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA

36.- “El Cinturón De Seguridad Del Derecho A Guardar Silencio/Prestar Declaración Del Detenido: La Intervención Oportuna y Efectiva Del Defensor” En REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 6 – Año 2005 en <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej.Pdf>, visitado el 07.07.2010

III) JURISPRUDENCIA CHILENA

- 1.- REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENA CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1ª Edición, Santiago de Chile, año 1981.
- 2.- BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO N° 11 de Julio del año 2002
<http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20N11.pdf>, pág. 67.
- 3.- BOLETÍN DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA N° 12 Sentencia de la ICA DE TALCA, Rol 401/2006 RPP en http://www.dpp.cl/Documentos/jurisprudencia/_2006%20Bolet%EDn508.PDF.
- 4.- FALLO CORTE SUPREMA Rol 3003/2010, de fecha 12 de julio de 2010, en vínculo de internet
http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAkAABUQrAAM&consulta=100&glosa=&causa=3003/2010&numcua=24272&secre=UNICA.
- 5.- SENTENCIA I.C.A. DE VALPARAÍSO Rol 27/2010, de fecha 27 de febrero de 2010, extraído de internet
http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAPAADzohAAE&consulta=100&causa=27/2010&numcua=6668&secre=REFORMA PROCESAL PENAL
- 6.- SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol 922/2004, de fecha 27 de abril de 2004, extraído de internet
http://www.poderjudicial.cl/modulos/busqcausas/bca_esta402.php?rowdetalle=aaanoaamaaapuhaaa&consulta=100&glosa=&causa=922/2004&numcua=6594&secre=unica.
- 7.- SENTENCIA I.C.A. DE IQUIQUE, Rol 36/2008, de fecha 2 de mayo de 2008, visitada en la siguiente página de internet
[http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_RPP01/CL_RPP04/nivel%20300008.htm/nivel%20400009.htm?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_RPP01/CL_RPP04/nivel%20300008.htm/nivel%20400009.htm?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0)
- 8.- SENTENCIA I.C.A. DE ANTOFAGASTA, Rol 124/2007, de fecha 13 de junio de 2007, visitada, en el siguiente vínculo de internet los días 15 y 20 de julio del año 2010:
http://www.puntolex.cl/prod_ppp/585/article-31031.html.
- 9.- SENTENCIA I.C.A. DE PUNTA ARENAS, Rol 90/2007, de fecha 9 de octubre de 2007, extraída de vínculo de internet: http://www.puntolex.cl/prod_ppp/585/article-35267.html.
- 10.- SENTENCIA I.C.A. DE IQUIQUE, Rol 20/2006, de fecha 6 de marzo de 2006, extraída de vínculo internet: http://www.puntolex.cl/prod_ppp/585/article-8108.html.
- 11.- SENTENCIA I.C.A. DE SANTIAGO, Rol 89/2006, de fecha 30 de enero de 2006, visitada en el siguiente vínculo de internet: http://www.puntolex.cl/prod_ppp/585/article-6165.html.

12.- SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol 6934/2009, de fecha 23 de diciembre de 2009, extraída del siguiente vínculo de internet: http://www.puntolex.cl/prod_ppp/585/article-92076.html.

13.- SENTENCIA I.C.A. DE SAN MIGUEL, Rol 129/2007, de fecha 10 de marzo de 2007, visitada en el siguiente vínculo de internet con fecha 20 de julio de 2010: http://www.puntolex.cl/prod_jel/590/article-28155.html

14.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol 1531/2009, de fecha 10 de diciembre de 2009, en el siguiente vínculo de internet visitado 21 de julio de 2010 <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1269>.

15.- SENTENCIA I.C.A. DE VALPARAÍSO, Rol 52/2009, de fecha 9 de junio de 2009, extraída del sistema informático del TOP de Valparaíso, con fecha 4 de agosto de 2010.

16.- SENTENCIA I.C.A. DE SANTIAGO, Rol 34/2007, de fecha 20 de febrero de 2007, visitada con fecha 06 de septiembre de 2010, en el vínculo internet: http://www.puntolex.cl/prod_ppp/585/article-25137.html

17.- SENTENCIA DE LA ICA DE VALPARAÍSO, Rol 557/2006, de fecha 23 de mayo de 2006, extraída del vínculo de internet: www.lexisnexis.cl LexisNexis Online. Número Identificador LexisNexis: 33175

18.- SENTENCIA DE LA ICA DE VALPARAÍSO, Rol 1247/2007, de fecha 12 de diciembre de 2007, descriptor N° Legal Publishing: 37956 visitada el 19 octubre de 2010, en el vínculo internet: www.legalpublishing.cl/PortalLN/Homelp/Home.asp.

19.- SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol 9758/2009, de fecha 13 de abril de 2010, descriptor legal N° Legal Publishing: 43548, extraída del vínculo de internet visitado con fecha 20 de octubre de 2010 <http://www.legalpublishing.cl/PortalLN/Homelp/Home.asp>.

20.- SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol 6165/2009, de fecha 4 de noviembre de 2009, extraída de vínculo de internet visitado con fecha 3 de noviembre de 2010 http://www.puntolex.cl/prod_ppp/585/article-86645.html.

21.- SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol 461/2010, de fecha 4 de octubre de 2010, extraída de vínculo internet visitado 4 enero de 2011: <http://www.westlaw.cl/maf/app/document?srguid=i0ad6007a0000012d515efc9516ad17fc&src=search&context=6&crumb=...> Cita Westlaw Chile: CL/JUR/7977/2010.

22.- SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol 4423/2003, de fecha 15 de diciembre de 2003, extraída del siguiente vínculo de internet <http://jprocesalpenal.blogspot.com/2007/08/testigo-identidad-reservada-conviccin-y.html>, con fecha 15 de febrero de 2011.

23.- SENTENCIA DE LA ICA DE SANTIAGO, Rol 526/2005, de fecha 22 de noviembre de 2005, extraída del siguiente vínculo de internet <http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A>

_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:255&dtaid=1970102&docID=, visitado el 15 de febrero de 2011.

24.- **SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol 574/2005**, de fecha 3 de enero de 2006, en vínculo de internet http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:255&dtaid=1970102&docID=, visitado el 15 de febrero de 2011.

25.- **SENTENCIA DE LA ICA DE SANTIAGO, Rol 2412/2010**, de fecha 25 de febrero de 2010, en vínculo de internet, http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:255&dtaid=1970102&docID= visitado el 15 de febrero de 2011

26.- **SENTENCIA DEL TJOP DE ANTOFAGASTA, RIT 104/2003**, de fecha 4 de noviembre de 2003, extraída del vínculo de internet http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:255&dtaid=1970102&docID=, visitado con fecha 15 de febrero de 2011.

IV) JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

1.- **"LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. DOCTRINA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de Antonio Pablo Rives Seva, Director, 4° Edición, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, Navarra, España, año 2008.**

2.- **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA. FONDO DOCUMENTAL CENDOJ, ROJ: STS-7205/1999 en www.poderjudicial.es/search/index.jsp.**

3.- **BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. ESPAÑA. Núm. 159 de jueves 2 de julio de 2009 Sec. TC. Pág. 66.Suplemento. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.10990. Sala Primera. Sentencia 134/2009, de 1 de junio de 2009. Recurso de amparo 3724-2007 en <http://www.boe.es> BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO D. L.: M-1/1958 - ISSN: 0212-033X.**

4.-**SENTENCIA DEL JUZGADO CORRECCIONAL DE CUARTA NOMINACIÓN CÓRDOBA- ARGENTINA MEDIOS DE INVESTIGACIÓN Y PRUEBA. PERICIAS. Nulidad, de fecha 14 de septiembre de 2006, visitada en el siguiente vínculo internet <http://portalanterior.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=579&tipo=15> p://portalanterior.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=579&tipo=15.**

5.- **SENTENCIA C-537/06 DE LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Bogotá, D.C., de doce (12) de julio de dos mil seis (2006). Extraída con fecha 26 de octubre de 2010, del siguiente vínculo de internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-537-06.htm>.**

ANEXOS

ANEXO 1: OFICIO FN N° 558/. Ant. : Oficio N° 407 de 25.09.01. Mat.: Amplía, rectifica y precisa alcance del Of. 407 de 25.09.01 sobre comparecencia de los fiscales a declarar como testigos.

SANTIAGO, noviembre 18 de 2003. DE: SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO. A: SRES. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS. Por oficio N°407, de 25 de Septiembre de 2001 se hizo llegar el análisis jurídico realizado a esa fecha sobre la comparecencia de los fiscales como testigos en juicios civiles, en procesos penales seguidos de acuerdo al Código de Procedimiento Penal y en juicios orales regulados por el Código Procesal Penal. Situaciones puntuales generadas en la práctica, nos llevan a impartir las siguientes instrucciones sobre las circunstancias en que los fiscales están afectos a la prohibición de declarar y aquéllas en que sus cargos son incompatibles con la pretendida declaración testimonial. I.- CAPACIDAD EN ABSTRACTO DE LOS FISCALES PARA DECLARAR. Como se desarrolló en el oficio citado, la doctrina procesal distingue, por una parte, entre la capacidad en abstracto para ser testigo, esto es, la capacidad en relación a cualquier proceso y, por otra, la capacidad en concreto, referida a un proceso determinado, la que también se denomina incompatibilidad. Se planteó que una de las innovaciones en materia probatoria del Código Procesal Penal ha sido la eliminación de las inhabilidades que pueden afectar a los testigos, a diferencia de las antiguas legislaciones procesales penales que contenían diversas hipótesis de incapacidad en abstracto para asumir el rol de testigo. De acuerdo a ello, para el Código Procesal Penal, en abstracto, toda persona, tiene capacidad para ser testigo (incluso los menores de dieciséis años, quienes son testigos inhábiles según el Código de Procedimiento Penal). El artículo 309, inciso 1°, del Código Procesal Penal es categórico en este sentido, al señalar que: "En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles". Sin embargo, mantiene las incapacidades en concreto para ser testigo. En efecto, el imputado no puede declarar como testigo durante el juicio oral, pues las normas que regulan el status jurídico del testigo son incompatibles con la posición de parte acusada en el proceso penal. De este modo, por ejemplo, el testigo tiene la obligación de declarar y la de decir la verdad sobre lo que se le preguntare (298, inciso 1°), deber incompatible con el derecho que el Código Procesal Penal reconoce al imputado en el artículo 93 letra g) (guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento). Por otra parte, no se ve de qué forma se podría armonizar el mandato legal contenido en el inciso 1° del artículo 285, que señala que el acusado debe estar presente durante toda la audiencia, con lo dispuesto en el inciso final del artículo 329, norma que dispone que antes de declarar, los peritos y testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia. Como acertadamente señala CLARÍA OLMEDO, la declaración del imputado no es testimonio en sentido propio porque ella está regulada para su defensa y no como medio de prueba. Por ello, el Código Procesal Penal contiene normas particulares que regulan la declaración del acusado durante el juicio oral en los artículos 326, inciso 3°, y 338, inciso final, distintas a las contenidas en el párrafo 5° del Título III del Libro Segundo. Tratándose del procedimiento simplificado, el Código Procesal Penal también trata separadamente la declaración del imputado y las declaraciones de los testigos (art. 396, inc. 1°). Por otra parte, los jueces que integran el tribunal oral en lo penal, o el juez de garantía, si se trata de un procedimiento simplificado, tampoco pueden declarar como testigos en el juicio, pues es contradictorio que un juez valore su propio testimonio. Las labores de apreciar una declaración testimonial y la de prestar una declaración que suponga un aporte cognoscitivo al procedimiento, son incompatibles. En lo que se refiere a los fiscales que sostienen la acción penal pública en una causa concreta- además de la obligación de guardar secreto a que me referiré más adelante- tampoco pueden ser citados a declarar como testigos en razón al rol que cumplen. Se trata de roles que, atomizados en un solo sujeto, no pueden concebirse en forma armónica. Piénsese en cómo se daría cumplimiento, si el fiscal declarara como testigo, al requisito impuesto por el artículo 284 del Código Procesal Penal, que exige la presencia ininterrumpida del ministerio público en el juicio, cuando, por otra parte, el artículo 329, inciso final, del mismo Código señala que los testigos no pueden ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia. O, en cómo podría el fiscal, presentado como testigo por la defensa, contrainterrogarse a sí mismo y ejercer la facultad que confiere al Ministerio Público el inciso 3° del artículo 329 del Código Procesal Penal. O, finalmente, de qué forma el fiscal que declarara como testigo podría objetar las preguntas engañosas que se le formularan, o que estuvieran destinadas a coaccionarlo ilegítimamente o fueren planteadas en términos poco claros. II. CAPACIDAD EN CONCRETO DE LOS FISCALES PARA DECLARAR. Ahora bien, aun cuando el Código Procesal Penal haya eliminado las incapacidades en abstracto para ser testigo, ello no implica, en modo alguno, que también hayan desaparecido las incapacidades en concreto para serlo. En lo que se refiere a los fiscales, su capacidad para declarar y la compatibilidad de su cargo con la declaración como testigo, debe analizarse desde la perspectiva de las distintas situaciones en que pueda encontrarse respecto al testimonio requerido. Puede estar en conocimiento de hechos conocidos como resultado de la investigación que dirige y respecto de la cual tenga ese carácter, al momento de las audiencias de declaraciones testimoniales. Puede estar en conocimiento de hechos con motivo de investigación que ha estado a su cargo, respecto de la cual no tenga la calidad de fiscal investigador al momento en que se requiera su testimonio, como ocurre como producto del turno, o bien, por haber tomado conocimiento de hechos como investigador de otro proceso vinculado al que origina la citación como testigo. Puede haber tomado conocimiento de hechos en el ejercicio de su función de fiscal, pero ajenos a investigaciones. 1.- HECHOS VINCULADOS CON LA INVESTIGACIÓN QUE ESTÁN O HAN ESTADO A CARGO DEL FISCAL. 1.1- Obligación de confidencialidad en su calidad de fiscal investigador y de abogado. De acuerdo a lo previsto en los artículos 80 A y siguientes de la Constitución Política del Estado, y 42 y 44 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales son los funcionarios a quienes el constituyente y el legislador confía, en forma exclusiva, la función de investigar los hechos constitutivos de delitos y de ejercer la acción penal pública. En su labor, ejerce una función pública y es custodio de los antecedentes que recaba y de su secreto frente a terceros, en la etapa de investigación (artículo 182 del Código Procesal Penal) También está obligado a guardar secreto como profesional abogado. Sobre la materia el inciso final del artículo 8° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, relativo al principio de probidad a que están afectos los fiscales, dispone que: "La publicidad, divulgación e información de los actos relativos a o relacionados con la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas y testigos, se registrarán por

la ley procesal penal." El artículo 2° de la misma Ley establece que este organismo realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en la ley, intervenga en ella. Agrega que los fiscales dirigirán la investigación y ejercerán la acción penal, con el grado de independencia, autonomía y responsabilidad que establece esta ley. Por otra parte, su artículo 42 prescribe que es requisito para ser designado fiscal y para desempeñarse en el cargo, tener el título de abogado. Esta última exigencia, esto es, el detentar el título de abogado como requisito de nombramiento y de desempeño del cargo de fiscal no sólo está vinculado a los conocimientos que ello supone, sino que a la confidencialidad que le impone ese título. De este modo, el fiscal está afecto al secreto profesional que debe a su cliente, siendo en este caso el Estado, el cual le confía la función de investigar que le corresponde, en su calidad de abogado. El artículo 303 del Código Procesal Penal dispone textualmente que: "Art. 303. Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligados a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto". "Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se les relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado". Sobre la materia, cabe traer a colación lo previsto en los incisos 1° y final del artículo 182 del Código Procesal Penal que disponen que las actuaciones de investigación serán secretas para terceros ajenos al procedimiento, y que los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas. Esta norma es un fundamento más para que los fiscales hagan valer la improcedencia de ser citados a declarar como testigos respecto a antecedentes que manejen por investigaciones vinculadas, respecto a hechos en etapa de investigación, argumentación que se agrega al secreto profesional que lo ampara y la incompatibilidad de roles que se indica a continuación.

1.2.- Incompatibilidad. Además de lo ya señalado respecto a la obligación de confiabilidad, resulta materialmente incompatible el desempeño de fiscal con su eventual testimonio. Esta incompatibilidad surge de la naturaleza de su rol de investigador por cuenta del Estado, con el de servir de medio de prueba para los hechos que investigue. El fiscal es un interviniente cuya principal función es dirigir en forma exclusiva la investigación para ejercer la acción penal pública en su oportunidad, de acuerdo a lo previsto en los artículos 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 3 y 77 de del Código Procesal Penal. Esa función se desnaturalizaría si el fiscal debe oficiar como testigo en el proceso en que sostiene la acción penal, que en relación a la declaración testimonial es regulado por el artículo 329 del señalado Código. Pero, además, la imposibilidad referida de ser fiscal acusador y testigo a la vez, es consecuencia de la incompatibilidad material de su comparecencia en la audiencia como fiscal facultado para interrogar o contrainterrogar al testigo o para cuestionar la validez de la prueba rendida, con el de persona ajena al proceso que comparece a éste para testimoniar sobre hechos que le consten. Se trata de una incompatibilidad similar a la que se produce con el de testigo y de sentenciador en el mismo proceso.

1.3. Delito tipificado por la legislación. El secreto a que están obligados los fiscales, queda comprendido entre aquellos a que se refiere el artículo 246 del Código Penal, que tipifica como delito, la actuación del funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio. De consiguiente, los fiscales deben negarse a prestar declaración testimonial sobre hechos que hayan investigado, o relativos a investigaciones, de los cuales hayan tomado conocimiento en su calidad de funcionarios, sin perjuicio de concurrir a la audiencia cuando ello sea compatible, haciendo valer la excepción del artículo 303 del Código Procesal Penal y la obligación de guardar secreto según lo previsto en el artículo 182 del Código Procesal Penal y en su calidad de abogados. Esta argumentación es válida tanto cuando un fiscal es citado a declarar sobre hechos respecto de los cuales ha dejado de oficiar como fiscal, como cuando se lo cita en procesos vinculados con otra investigación a su cargo, a fin que declare sobre éstos, ya sea que esta investigación se encuentre en etapa preliminar o formalizada o en que se haya ejercido acción penal.

2.- HECHOS NO VINCULADOS CON INVESTIGACIONES. El artículo 63 letra c) de la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone textualmente: "Los fiscales que se desempeñen en el Ministerio Público estarán afectos a las siguientes prohibiciones: c) Comparecer, sin previa comunicación a su superior jerárquico, ante los tribunales de justicia, como parte personalmente interesada, testigo o perito, respecto de los hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, o declarar en procedimiento en que tenga interés el Estado o sus organismos." Conforme a esa norma, si son llamados a declarar sobre hechos de que hubieren tomado conocimiento en el ejercicio de sus cargos, pero no como investigadores, deben comparecer a declarar y prestar su testimonio, con previa comunicación a su superior. Ejemplo de ello sería la citación para declarar respecto al hurto de que haya sido víctima otro funcionario del Ministerio Público, o la propia entidad. En el conocimiento que adquiera de la citación, el jefe superior podrá representar al fiscal las prohibiciones que lo afecten para concurrir a declarar como testigo, o para testificar, cuando ello ocurra.

CONCLUSIONES. De lo expuesto anteriormente, se extraen las siguientes conclusiones: a) En nuestro ordenamiento, la capacidad para ser testigo en relación a cualquier proceso (capacidad en abstracto) no tiene excepciones: todos los individuos son hábiles para ser testigos, independientemente de su edad, de sus condiciones psíquicas, del modo en que conduzca su vida, de la profesión u oficio que desempeñe, etc. Por lo tanto, también los fiscales del Ministerio Público cuentan con tal capacidad. Al respecto conviene destacar que en el derecho alemán se contempla la posibilidad de que los fiscales depongan como testigos en juicio, a diferencia de lo que ocurre en la legislación italiana, por existir una norma específica sobre la materia. b) Sin perjuicio de lo anterior, el Código Procesal Penal mantiene incompatibilidades en concreto para ser testigo, las que alcanzan a los fiscales que sostienen la acción penal en el juicio, y a los que han participado en las investigaciones, aun cuando no sean los sostenedores de la correspondiente acción. Si la defensa del imputado o el querellante, solicitaran que un fiscal declare como testigo en esas condiciones, el sostenedor de la acción penal pública deberá, en la audiencia de preparación del juicio oral, solicitar la exclusión de la prueba, en razón del secreto referido y, en su caso, por no poder asumir en el juicio oral, roles procesales incompatibles. c) Si el fiscal sostenedor de la acción penal no obtiene resolución favorable sobre la exclusión del testimonio como medio de prueba, deberá comparecer a la audiencia para hacer valer su obligación de guardar secreto. Lo anterior es sin perjuicio de los recursos procesales que sean procedentes y que corresponda ejercer. En definitiva el fiscal citado deberá atenerse a lo que resuelva el tribunal, sin que su declaración, en el caso de obedecer a una orden judicial, constituya una infracción a la incompatibilidad o prohibición a que esté afecto, ni una violación del secreto profesional. d) Los fiscales citados a declarar como testigos sobre hechos no vinculados a las investigaciones, deben declarar, previa comunicación a sus jefaturas, cuando se trata de hechos de que han

tomado conocimiento en el ejercicio de sus cargos. e) En cambio, no están obligados a efectuar tal comunicación cuando se trata de hechos que han conocido con independencia del ejercicio de sus cargos, como pudiera ser, en el caso de presenciar un asalto, lo que no obsta a que formule la consulta en caso de duda. f) La función del Jefe Superior, es tomar conocimiento y si resulta necesario, orientar al fiscal sobre la obligación que les asiste. De este modo, se trata de una información y no de solicitud de autorización, sin que el Fiscal Regional tenga un papel decisivo. En consecuencia, con lo expuesto se complementa el oficio 407 de 25 de septiembre de 2001, y se le modifica en el párrafo II, su numeral 12 eliminando el inciso final. Estos criterios de actuación han sido expuestos en el último Consejo General del Ministerio Público, escuchándose la opinión de este organismo. El presente oficio deberá ser distribuido a los fiscales adjuntos, asesores jurídicos de las Fiscalías Regionales y ayudantes de fiscales, para su conocimiento y orientación en las materia que aquí se tratan, sin perjuicio del cumplimiento de los criterios de actuación contenidos en esta comunicación. Las dudas y observaciones que surjan del estudio del presente oficio deberán ser canalizadas por intermedio de los Fiscales Regionales. Saluda atentamente a UDS., GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO.

ANEXO 2: SENTENCIA EN RECURSO DE NULIDAD DE LA I.C.A DE VALPARAÍSO.

Valparaíso, veinticuatro de febrero de dos mil diez. Visto: Que en estos autos RUC. 0800431724-7; RIT O-283-2009, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, la abogada doña Fabiola Vilches Salinas en representación de la acusada Génesis Alejandra Zamora Henríquez ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada por los jueces doña Irene González Minvielle, presidenta, don Félix Vega Etcheverry y doña Rosario Lavín Valdés, el dieciséis de octubre de dos mil nueve, que condena a la mencionada imputada a ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales en su carácter de autora del delito de infanticidio en la persona de su hija recién nacida, cometido el 12 de mayo de 2008. El mismo fallo condena a Jonhattan Andrés Gatica Palacios, en calidad de encubridor del mismo delito, a ochocientos días de presidio menor en su grado medio, pena que le es remitida. Funda el recurso en cuatro causales deducidas de manera subsidiaria una de otra. Ellas son las de los siguientes artículos del Código Procesal Penal, 373 letra a), 374 letra c), 374 Letra e) y 373 letra b). Escuchado los alegatos en la audiencia de rigor la causa quedó en acuerdo, fijándose para la lectura del fallo el día de hoy. Con lo relacionado y considerando: Primero: Que, como se advierte, la primera causal invocada, contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, -de competencia de la Excma. Corte Suprema -, se funda en una supuesta vulneración del debido proceso, y que, por encuadrarse específicamente, los hechos que la constituyen, en el motivo absoluto de nulidad previsto en el artículo 374 letra c) del mismo cuerpo legal, los antecedentes han sido reconducidos a este Tribunal por corresponderle su conocimiento y resolución. Segundo: Que, en este contexto, según lo expuesto por el recurrente en el libelo respectivo, se invoca la infracción del debido proceso en los términos que se establece en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República, es decir, como el derecho al justo y racional procedimiento e investigación. En el presente caso, se habría vulnerado expresamente lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal en cuanto a la exclusión, por el Tribunal Oral, a solicitud del Ministerio Público, de la declaración como testigo del Fiscal don Rodrigo Yáñez Arriagada incorporada por la defensa en la audiencia de preparación del juicio oral, no obstante el rechazo de igual petición por la juez de garantía de Valparaíso Cristina Cabello Muñoz, "por considerar la testimonial ofrecida completamente pertinente; porque la acción de persecución penal la otorga la Constitución al Ministerio Público quien tiene unidad de acción, porque no hay norma legal que impida la comparecencia de un fiscal en calidad de testigo y en consecuencia frente a la inhabilidad del Fiscal, simplemente podía comparecer otro Fiscal Adjunto". Agrega que la petición, por parte del fiscal mencionado, de su exclusión en calidad de testigo de la prueba que debía rendir la defensa previo inicio al juicio, basado en una cautela de garantía prevista en el artículo 10, y que la Sala en referencia acogió, ya había sido resuelta por el juez competente que es el de garantía, por lo que dicha resolución es nula, puesto que el Tribunal Oral en lo penal no tiene facultad legal para excluir prueba puesto que dicha facultad es exclusiva y excluyente del Tribunal de garantía. Lo que podía hacer el tribunal en referencia, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 334 del Código Procesal Penal era valorar negativamente la prueba, pero en modo alguno excluirla. Al no haberlo hecho, estima que se infringe lo estatuido en el artículo 7° de la Constitución Política de la República en cuanto señala que los órganos del Estado actúan válidamente... dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley, sancionando, en su inciso tercero, con la nulidad todo acto en contravención a dicho artículo. Por otra parte - continúa - "el denominado auto de apertura del juicio oral es una resolución judicial interlocutoria (establece derechos permanentes a favor de las partes) y una vez ejecutoriada goza de los efectos de la cosa juzgada". "El tribunal de juicio en lo penal debe recibir la prueba contenida en el auto de apertura que las partes presentan o incorporan al juicio, otorgándole a dicha prueba al momento de la ponderación de la misma - la valoración que estimen conveniente. Si en su concepto alguna prueba adolece de ilicitud, deberán valorarla, pero de manera negativa pues el Tribunal debe fundar su decisión, resolución o condena en un proceso legalmente tramitado con estricto apego a las garantías fundamentales". Tercero: Que el artículo 374 del Código Procesal Penal, dispone que el juicio y la sentencia serán siempre anulados: "c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga". En la especie, como lo señala el recurrente, se habría incurrido en dicha causal al haberse excluido el testimonio, en el juicio oral, del fiscal de la causa aludido, a pesar de lo decidido sobre el particular por el juez de garantía y no obstante la trascendencia que para la defensa tiene su declaración, toda vez que dicha persona es la única que puede indicar las circunstancias que rodearon la toma de declaración de la imputada, en a lo menos dos oportunidades, en horas de la madrugada, sin asistencia de letrados y a pesar de que el Ministerio Público se encontraba en contacto con la Defensora de turno y tener conocimiento que una funcionaria de carabineros, una capitana que señala, la había interrogado influyendo en la declaración prestada posteriormente por ella (la imputada). De haberse permitido la rendición de la prueba excluida, la defensa habría tenido la oportunidad de acreditar una de las tesis, acerca del estado de pérdida parcial de razón de su defendida. Además, de conformidad con lo prevenido en el artículo 104 del Código Procesal Penal, se le impidió cuestionar la forma en que se obtuvo la declaración de la acusada, no sólo porque se desechó la única prueba de la defensa para comprobar tal hecho sino que además, de haber tomado conocimiento se habría puesto relevancia en la ilicitud de parte de la prueba ofrecida por el Ministerio Público. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acreditar la atenuante del 11 N° 9 del Código Penal en favor de su defendida que desde luego influiría en lo dispositivo del fallo. Cuarto: Que, en cuanto a las alegaciones en estrado del

Ministerio Público respecto de la inconveniencia de que el Fiscal a cargo de la investigación sea llamado a declarar como testigo pues se desnaturalizaría el debido proceso, no obstante su consistencia, es del caso tener presente lo resuelto recientemente por el Tribunal Constitucional respecto de la inhabilidad que pudiere surgir de tal situación para dicho funcionario en el sentido que su resolución es de competencia exclusiva del Ministerio Público, como asimismo que es facultad exclusiva de los Tribunales de Justicia decidir si a éste, en determinada causa, corresponde o no que declare como testigo (sentencia 10 -XII-2009, Causa Rol N° 1531-09). Quinto: Que, de todo lo que se viene razonando, y encontrándose establecido que el juez de garantía competente, en su oportunidad, rechazó la exclusión del testimonio del Fiscal en referencia, incorporado dentro de las pruebas de la defensa en la etapa respectiva para los fines por ella invocados, declaración que finalmente no fue permitida a la defensa rendir en el juicio oral, debe estimarse que en la especie se ha configurado el motivo absoluto de nulidad contemplado en el artículo 374 letra c) del Código del ramo, esto es, cuando el defensor se ha visto impedido ejercer las facultades que la ley le otorga, por lo que el recurso de nulidad, deberá ser acogido por dicha causal. Consecuente con lo anterior no se emitirá pronunciamiento sobre las demás causales impetradas. Por las consideraciones antes explicitadas, disposiciones citadas y de conformidad, además, con lo prevenido en los artículos 374 letra c), 377 inciso 2°, 383, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se declara que se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de la acusada Zamora Henríquez en contra de la sentencia individualizada en la parte expositiva y procedimiento a que accede, por la causal absoluta contemplada en el considerando quinto, fallo y procedimiento que se invalidan retrotrayéndose la causa a la etapa de celebrarse un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda. Regístrese y comuníquese. Redactó el ministro señor Lobos. Rol N° 27-2010. No firma el Abogado Integrante Sr. Enrique Aimone Gibson, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse ausente. Pronunciada por los Ministros de esta Segunda Sala de Turno de la Itma. Corte de Apelaciones Sr. Rafael Lobos Domínguez, Sr. Gonzalo Morales Herrera y el Abogado Integrante Sr. Enrique Aimone Gibson.

ANEXO 3: TERMINOS EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO 1° CUATRIMESTRE AÑO 2010, DESAGREGADOS POR REGIÓN FUENTE: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA DE CHILE.

TABLA 49 TÉRMINOS EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO DESAGREGADOS POR REGION

		Procedimiento Abreviado		
		2010		
		1er Cuatrimestre		
		Condena	Absolución	Total
Arica-Parinacota	Cant.	276	1	277
	%	99,6%	0,4%	100,0%
Tarapaca	Cant.	182	0	182
	%	100,0%	0,0%	100,0%
Antofagasta	Cant.	256	2	258
	%	99,2%	0,8%	100,0%
Atacama	Cant.	220	1	227
	%	99,6%	0,4%	100,0%
Coquimbo	Cant.	412	5	417
	%	98,8%	1,2%	100,0%
Valparaíso	Cant.	1.002	6	1.008
	%	99,4%	0,6%	100,0%
O'Higgins	Cant.	460	2	462
	%	99,6%	0,4%	100,0%
Del Maule	Cant.	352	3	355
	%	99,2%	0,8%	100,0%
Bío-Bío	Cant.	642	2	644
	%	99,7%	0,3%	100,0%
Araucanía	Cant.	398	7	405
	%	98,3%	1,7%	100,0%
Los Ríos	Cant.	139	3	142
	%	97,9%	2,1%	100,0%
Los Lagos	Cant.	417	7	424
	%	98,3%	1,7%	100,0%
Aysén	Cant.	75	2	77
	%	97,4%	2,6%	100,0%
Magallanes	Cant.	59	0	59
	%	100,0%	0,0%	100,0%
Defensoría Regional Metropolitana Norte	Cant.	1.247	8	1.255
	%	99,4%	0,6%	100,0%
Defensoría Regional Metropolitana Sur	Cant.	1.294	4	1.298
	%	99,7%	0,3%	100,0%
Total	Cant.	7.437	53	7.490
	%	99,3%	0,7%	100,0%

ANEXO 4: SENTENCIA TOP DE VALPARAÍSO Y SENTENCIA EN RECURSO DE NULIDAD DE LA I.C.A DE VALPARAÍSO A) SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE VALPARAÍSO.

Ministerio Público de Valparaíso. C/ C.W.G.M..RUC: 0700258979-0.-.RIT : 81-2009.-.DELITO: Robo con Violencia.- Valparaíso, veintisiete de abril de dos mil nueve.-VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:PRIMERO: Que, con fecha veintidós de abril de 2009, ante esta Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, integrada por el Juez Presidente de la Sala don Leonardo Aravena Reyes y los magistrados doña Irene González Minvielle y don Christian Le-Cerf Raby, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral Rit N° 81-2009, en contra de los acusados CHRISTOPHER WILLIAM GARCIA MENESES, apodado "pipo", cédula de identidad 16.694.689-1, soltero, nacido en Santiago el 24 de junio de 1987, de 21 años de edad comerciante, domiciliado en Los Lancheros N°16, población Puertas Negras, Playa Ancha, Valparaíso. Fue parte acusadora en este juicio el Ministerio Público de Valparaíso, representado por el Fiscal Adjunto don Juan Ignacio Sepúlveda Embeita, domiciliado en calle Molina N° 150 de Valparaíso. La defensa del acusado García Meneses estuvo a cargo del abogado de la Defensoría Penal Pública de esta ciudad, doña María Alejandra Saba Tala, con domicilio en O'Higgins n° 1260, Valparaíso. SEGUNDO: Que, en síntesis el Ministerio Público sostuvo en su acusación penal "Que el día 06 de abril de 2007, aproximadamente a las 03:00 hrs. De la madrugada, en circunstancias que la víctima doña Danae Tapia Marín transitaba por la calle Blanco en compañía de su pololo Lester Villarroel Tapia, al llegar a calle clave fueron interceptados por los acusados Cuneo Contreras y García Meneses y por dos menores de edad de iniciales EAEA y JFCC, rodeando todos ellos a Danae Tapia forcejeando con ella a fin de sustraerle un banano que portaba cruzado a su cuerpo, tomándola uno de estos por el cuello, mientras los otros forcejeaban con Lester Villarroel Tapia a fin de evitar que saliera en defensa de su polola; logrando en definitiva los imputados sustraer el banano a Danae Tapia Marín, dándose a la fuga del lugar gritándoles a las víctimas que si gritaban o pedían ayuda los apuñalarían". Según la Fiscalía tal hecho es constitutivo del delito de robo con intimidación, previsto y sancionado en el inciso 1° del artículo 436 del Código Penal, en grado de consumado y en cual le atribuye a acusado presente la calidad de autor, conforme al artículo 15 N°1 del Código Penal, por haber intervenido en el mismo de manera inmediata y directa. En relación a circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, refiere que perjudica al acusado la agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. Requiere le sea impuesta la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y costas. TERCERO: Que en su alegato de apertura el Ministerio Público, en síntesis, señaló después de narrar el hecho de su acusación, que en este juicio probará todos y cada uno de los elementos que integran el tipo penal por el que se acusó a los acusados y la participación que en tal ilícito les cupo a ellos, lo que se acreditará con su prueba, destacando que se trata de un delito flagrante. En su alegato de clausura, resumidamente, el representante del órgano persecutor penal reiteró las argumentaciones preliminares, insistiendo en que con la prueba rendida, la que reprodujo en forma lata, se probó más allá de toda duda razonable el delito por el cual acusó y la participación del acusado en aquél, tal como prometió en su alegato de inicio. CUARTO: Que, la Defensa del acusado en su alegato inicial señaló que el acusado no ha cometido el delito imputado y corresponderá al Ministerio Público probar la conducta atribuida, por lo que solicitará la absolución del imputado. En los alegatos de clausura la Defensa del acusado argumentó que hay que dilucidar si este fue reconocido y si los reconocimientos no son inducidos, esto es importante ya que la víctima dijo que lo más importante para ella era la ropa, rara vez habló de los rostros de los sujetos, solo dijo tres de tez morena y uno blanca, reconoce a Cuneo porque fue quien le arrebató el banano, es relevante ya que cuando se detuvo a las primeras dos personas, se parecían por vestimentas y forma de caminar, pero los soltaron porque luego de revisarlos no se les encontró las especies, luego los cuatro detenidos iban caminando de espaldas cuando los ven y solo los lleva a la detención el rostro de Cuneo y esto permite el reconocimiento de los demás, nadie ha dicho como andaba vestido el acusado, de otra manera no se entiende porque no quedaron en prisión preventiva, la falta de reconocimiento formal es lo que permite decir que el acusado no tiene participación, ambos carabineros no son creíbles en esto ya que no recuerdan mucho del procedimiento, no recuerdan la situación de detención de dos personas antes, hay mucha diferencia de tiempo entre el hecho y la detención, nada permite concluir que el acusado tuvo participación en el delito, por lo que pide su absolución. QUINTO: Que, en presencia de su defensora el acusado fue debida y legalmente informado acerca del hecho materia de la acusación, manifestando su deseo de declarar en juicio y relató que estaba cerca de la medianoche compartiendo con un amigo Eric en la Escalera Serrano, tomaron varias cervezas, desde la una a las tres estuvieron sentados en la plaza Echaurren y fueron a la botillería a comprar más cerveza y ahí se encontraron con los hermanos Nico y Joy Cuneo, se pusieron de acuerdo de ir a la Iglesia La Matriz a tomarse las cervezas que estaban comprando, en el trayecto cruzando de la Plaza Echaurren a La Matriz, subiendo a esta, carabineros los detiene, les dijeron que dejaran las cervezas en el suelo, que era un control de identidad y que estaban detenidos, ahí bajaron a dos personas que estaban en el furgón detenidos supuestamente por el mismo delito, a ellos los inculparon por el delito y los llevaron detenidos a la comisaría. Agregó que esto fue el 6 de abril de 2007, él estaba en la Iglesia La Matriz con Eric Escobar, Joy Cuneo y Nico Cuneo, iban subiendo a la Iglesia La Matriz, iban a tomar las cervezas que habían comprado en la botillería, ahí los detuvo carabineros por un control de identidad a los cuatro, le dijeron dejen las cervezas en el suelo y los subieron al furgón, presos, llevaban cinco minutos juntos cuando pasó esto, a los hermanos Cuneo los conoce del sector, a veces comparte con ellos, él compró una cerveza y todos llevaban cervezas, los hermanos Cuneo no les contaron nada de lo que había pasado antes, él está detenido por un robo con intimidación no sabe donde ocurrió, ahora está preso desde el 19 de febrero de este año cayó preso en Santiago por un hurto, tiene una condena de 61 días por un hurto y una por ley de propiedad intelectual. Añadió que con su amigo Eric se juntó en la Escalera Serrano como a las doce de la noche, de ahí fueron a la Plaza Echaurren cerca de la una de la madrugada, compartieron unas siete cervezas, se toparon en la calle y se juntaron a tomar, a él le quedaban mil quinientos pesos, cuando llegó a la botillería Clave de la Plaza Echaurren le quedaba ese dinero, con ello compró una cerveza de litro, en la fila de la botillería se encontró con los hermanos Cuneo, había alrededor de 20 personas, es la única botillería abierta del sector, ahí conversaron con los Cuneo de irse a tomar las cervezas a la Matriz, no sabe si sus amigos llevaban dinero, no recuerda como andaba vestido ese día, como 15 o 20 minutos estuvo en la fila de la botillería para comprar cerveza, iban subiendo las escaleras de La Matriz cuando los detiene carabineros, esto a unos 3 o 5 minutos de salir de la botillería, ellos estuvieron 20 minutos en la fila de la botillería y los Cuneo unos 15, estos llegaron al ratito de que ellos estaban ahí, subiendo a La Matriz iban todos

juntos, eran unos 2 o 3 carabineros en un furgón, cuando carabineros los detuvo los puso contra una muralla mirando esta, uno al lado del otro, el lugar estaba medio oscuro, el furgón estaba como a un metro, las víctimas no se bajaron del furgón, a ellos los registraron y los subieron al furgón, no recuerda si los esposaron, nada les encontraron, al abrir el furgón bajaron a dos personas, ambos chicos de piel blanca uno y el otro moreno, en la comisaría los registraron de nuevo y los colocaron ante un furgón para un reconocimiento, por esta causa no quedó detenido, a la audiencia de preparación de juicio oral no asistió y por eso está detenido ahora. Aclaró que no recuerda como estaba vestido, que a la botillería llegó como a las 02:45, estuvo unos 15 o 20 minutos en la fila, en la botillería estuvo junto a los hermanos Cuneo, ahí se encontraron y de ahí estuvieron juntos y se fueron juntos a La Matriz, la botillería está en calle Serrano y Clave, como a un minuto de la Iglesia La Matriz, cruza la calle y está en la misma iglesia. En la oportunidad a que se refiere el artículo 338 del Código Procesal Penal el acusado guardó silencio. SEXTO: Que, el auto de apertura da cuenta que el Ministerio Público y la Defensa de Marcelo Leonardo Serrano Castro arribaron a la siguiente convención probatoria: "Que el 5 de julio de 2008 aproximadamente a las 6:45 horas, el imputado Serrano Castro llegó al Servicentro Copec ubicado en las afueras del sector Placilla". SÉPTIMO: Que este tribunal, después de valorar toda la prueba rendida en la audiencia del juicio oral, sin contradecir en ello los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 296 y 297 del Código Procesal Penal, estima que los hechos que se dan por establecidos con el mérito de ella, son los siguientes: "el día 06 de abril de 2007, aproximadamente a las 03:00 horas, en circunstancias que Danae Tapia Marín transitaba por la calle Blanco, cerca de calle Clave, de esta ciudad, en compañía de Lester Villarroel Tapia, fueron interceptados por CHRISTOPHER WILLIAM GARCIA MENESES y otros tres sujetos, dos de ellos rodearon y forcejearon con Danae Tapia a fin de sustraerle un banano que portaba, tomándola uno de estos por el cuello, mientras los otros dos individuos- entre ellos García Meneses- forcejeaban con Lester Villarroel Tapia a fin de evitar que defendiera a la afectada, diciéndole, además, que lo iban a apuñalar, logrando los sujetos sustraer el banano en cuestión, dándose a la fuga del lugar.". OCTAVO: Que, los hechos ya reseñados y la participación de los acusados en ellos se encuentran particularmente acreditados en juicio con los siguientes elementos de convicción: a) con los dichos de DANA E TAPIA MARÍN quien relató que estaba carreteando con su amigo en la disco Pagano, cerca de las 03:00 horas, salieron a comer un completo por Blanco, luego de comerlo se devolvían y vienen por la calle enfrentándolos cuatro tipos con la mirada súper amenazante, ella iba con su banano y su amigo al lado, viene cuatro tipos de frente, dos de ellos la agarraron a ella, entre esos el más chico el señor Cuneo, y los otros dos a su amigo, los amenazan que si no suelta ella sus cosas los van a apuñalar, forcejeó con los dos tipos luego se soltó el banano y salieron corriendo por Clave para Echaurren, el banano era negro y lo llevaba en la cadera, los cuatro sujetos venían en sentido contrario y venían amenazantes vestían con ropas anchas, chicos, ropas flaites, venían como directo a una presa por eso dice que era una mirada amenazante, ella como que intuía algo, a ella la pescaron de cuello y de los brazos con las manos a la fuerza amenazándola diciéndole que soltara el banano o la iban a apuñalar, su amigo trato de defenderla pero los otros dos sujetos se le opusieron y lo agarraron del cuello, los brazos, lo tenían apretado y no le dejaban hacer nada, la cosa era para facilitar que los otros dos le quitaran el banano, todo fue muy rápido- unos tres segundos- se notaba que tenían experiencia haciéndolo, pese a la rapidez pudo verle la cara a los sujetos, su banano tenía su pendrive, dinero, llaves, la plata, nueve mil pesos y monedas, que era el vuelto de los completos, en ese momento alrededor solo estaba el kiosco y el carrito de los completos, no había más gente, eran las tres de la mañana, después de este asalto ella se puso a llorar de impotencia, se había quedado sin plata, fue caminando a Clave pensando que habrían botado su banano en algún basurero y llegó a la esquina de Clave y Plaza Echaurren, ven a un caballero al cual su amigo Lester, quien estaba con ella, le conversó y este caballero les dijo que estos sujetos siempre estaban haciendo lo mismo por el sector y ella llamó a carabineros del celular del caballero, estos llegaron rápido como a los diez o quince minutos, a estos les explicó lo que había pasado y se subieron al furgón para rastrear la zona, eso hicieron con su compañero, fueron a ver por el cerro si estaban, ella revisó los basureros por si estaban sus cosas, en el cerro primero vieron a unos tipos que ello pensó que eran por la ropa, los detuvo carabineros, los revisaron, pero no eran ellos, de nuevo siguieron la búsqueda y justo venían unos tipos que ella al tiro cachó que eran por la ropa, pero se habían cambiado los jockey y polerones, ella los vio y los reconoció al tiro ya que a ella le quedó claro la cara del tipo que la estaba apretando, estos tipos eran cuatro y los primeros detenidos eran dos, estos se parecían mucho, pero no eran, a los otros cuatro los reconoció además por la manera de caminar y por el rostro ya que le quedó marcada la imagen de cuando la atraparon los dos tipos, en la audiencia de juicio reconoció al acusado como una de las personas que la asaltó, al parecer este es uno de los que a su amigo contuvo, apretando, no la sujetó a ella, no está segura si es uno de los que la atrapó a ella por atrás- a quien no le vio el rostro.- o contuvo a su amigo, pero está segura que era uno de ellos, de los que estaba en el asalto, cuando llegaron a la comisaría dos de los imputados les gritaban garabatos, supone porque los reconoció, en el asalto los sujetos les decían garabatos y les decían "suéltala", ella estaba súper asustada, lo mismo que a Lester quien les gritaba "suéltela", solo recuperó el dinero, el mismo que le había quedado por el vuelto de comprar el completo con diez mil pesos, ese mismo vuelto era el que tenían estos sujetos, en el otro juicio fue contra Cuneo que fue quien la amenazaba con apuñalarla y la tenía por el cuello, este asalto fue a las tres o cuatro de la mañana, cuando ocurrió el asalto se sintió morir, porque no tenía plata para nada, impotencia, desde que ocurre el asalto hasta que detiene a los acusados pasó entre 40 minutos a una hora. Agregó que a estas cuatro personas las enfrentó saliendo del Pagano, los vio a unos cinco metros e iban los cuatro juntos, ellos caminaban en contra suyo, enfrentándolos, esto fue súper rápido, no había más gente en la calle, solo estaba abierto el kiosco y en la otra calle el carro de completos, los guardias del pagano están adentro de la disco, ella no vio a más gente en la calle, no recuerda si fue día de semana o fin de semana, en esa época solo trabajaba, su jornada laboral empezaba 10:45 horas, el asalto duró súper poco, segundos, las personas que se le acercaron a ella eran de tez morena, Cuneo la amenazó y la tenía del cuello, a la que le contenía los brazos era de tez morena y no lo vio el rostro, no era Cuneo, era otro niño, tres eran de tez morena y uno blanquito, el que le contenía los brazos era un poco más alto que los otros, el más chico era el que le trataba de quitar el banano y la amenazaba, era Cuneo, habla de más chico por la estatura, pero también se veía chico de edad, el reconocido hoy no recuerda si fue el que atacó a su compañero o estuvo detrás de ella, a este no le vio el rostro, pero hoy lo reconoce por los rasgos y la tez morena, a este acusado lo considera dentro de los más altos, que eran dos, su amigo Lester estaba a menos de un metro suyo y de frente, ella estaba preocupada por las personas que la atacaba, les pedía que la soltaran y no le hacían caso, la forcejeaban con más rabia y ella estaba pendiente de que no le quitaran las

especies, Lester estaba frente suyo y la miraba, les decía que no me atacaran y me soltaran, unos diez minutos pasaron hasta que se encontraron con el caballero que les prestó el teléfono, la disco Pagano está en Blanco con la calle posterior de Clave, a unas 3 cuadras de la iglesia La Matriz, luego del asalto caminaron a la calle anterior a Blanco con plaza Echaurren, una cuadra antes de esta plaza, por ahí encontraron a esta persona, en el trayecto vio si habían botado sus cosas, carabineros llegó a donde estaban junto al señor que le prestó el teléfono, se subieron al furgón, lo más relevante para ella fueron las ropas para reconocerlos, a carabineros les explicó la situación, les describió como ella los vio, su tez y ropas, a los dos primeros detenidos los encontraron en un cerro, a carabineros les explicó que tienen una forma especial de caminar, los primeros detenidos se parecían mucho en la ropa y caminar, pero no en los rostros, no coincidían en estos, a estas personas se les registró y nada se les encontró, por eso carabineros los soltó, ella estaba adentro del furgón cuando registraron a los dos primeros detenidos, luego se los mostraron y los vio por el vidrio del furgón, como a los diez minutos de esto detienen a los otros cuatro, no recuerda si subían o bajaban del cerro, los vio a unos 15 metros y le dijo a carabineros que eran los sujetos, estaba oscuro, pero estaban las luces prendidas, a esa distancia distinguió las ropas y la manera de caminar, justo venía Cuneo que era el más pequeño, se habían intercambiado los polerones y jockey, de Cuneo se recordaba del rostro, no recuerda a quien le encontraron el dinero, estos venían caminando de lado, uno al lado del otro, como caminan los flaites, los cuatro lo eran para ella, esto era un elemento para distinguirlos, se les reconoce por eso, una mala fama de ropa, caminata, cultura, si en la noche ve a un flaité la intimida por la experiencia que paso, antes de esto los flaites la intimidaban también, Cuneo se había cambiado ropa con los otros niños, vestía polerón azul, pantalones anchos y oscuros, jockey, usaba polerón azul y luego lo tenía negro, no recuerda con quien, al parecer los cuatro se habían cambiado ropa, no recuerda quien con quien, pero sí que se cambiaron los polerones porque cuando los atacaron iban de una manera y luego iban de otro color, ella en ningún momento se bajó del furgón, a los sujetos los detuvieron y los pusieron contra la pared de espalda, los registran mirando a la pared, no le encontraron sus especies en ese momento, ellos les decían a carabineros que pasa que pasa haciéndose como que no habían hecho nada, no recuerda si a uno o a varios le encontraron el dinero, pero sí que le encontraron la misma denominación de dinero, pero le parece que fue a uno, no lo recuerda con exactitud. Aclaró que no recuerda si los sujetos, al verlos, venían bajando o subiendo el cerro, este cerro está a la altura de la Plaza Echaurren, a unas tres o cuatro cuadras y al parecer había una botillería cerca, con luz prendida y se podía distinguir la gente en el cerro;b) con los asertos de JUAN SANHUEZA MUÑOZ, Carabinero, quien relató que el 6 de abril de 2007 se encontraba de ronda en el sector puerto y cerca de las 03:05 recibió un llamado de Cenco que le señalaba que se trasladará a Blanco con Clave porque habían unas personas víctimas de un delito, al llegar a este se encontraron con una mujer y un joven y les dijeron que minutos antes cuatro individuos, dos de los cuales tomaron a la dama, uno de ellos por el cuello mientras otro le tironeaba un banano en el cual contenía plata, \$ 9.200.-, mientras los otros dos forcejaban con el acompañante de la afectada- el varón- y le sustrajeron el banano y se retiraron del lugar, subieron a las afectados al furgón para hacer un patrullaje y al llegar a Clave con Serrano, unas 3 cuadras del lugar del delito, caminaban rápido cuatro individuos y la víctima les dijo que eran los asaltantes por lo que los detuvieron, se le solicitó su cédula de identidad y se le volvió a preguntar a la víctima si eran los sujetos y ambos afectados señalaron que eran quienes habían cometido el delito, que recibieron un llamado de Cenco que les dijo que se había producido un robo en Blanco con Clave a dos personas, no se demoraron más de cinco minutos en llegar a donde estaban las víctimas, ambos estaban alterados, medios coqueados y la mujer lloraba, les dijeron que fueron cuatro individuos los asaltantes, siempre mantuvieron esto, dos tomaron a la dama y dos forcejearon con el acompañante y les señalaban que se quedaran callados o los iban a apuñalar, hablaron de cuatro jóvenes de 17 a 20 años, dos de tez blanca, dos de tez morena y las vestimentas, jockey, polerón blanco, dos de tez blanca y dos de tez morena, antes de detener a los cuatro imputados no recuerda haber detenido a otras dos personas, al detener a los cuatro sujetos a Cuneo se le encontró en el bolsillo izquierdo delantero del pantalón se le encontró \$ 9.200.- la misma suma que la víctima dijo le habían sustraído, a los cuatro sujetos los detuvieron en calle Serrano al llegar a Clave, hay ahí una plaza que por lo general los delincuentes usan para arrancar, a los imputados no los conocía ni los había detenido antes, las víctimas reconocen a los imputados por las vestimentas y las características físicas, en el momento de la detención las víctimas ven el rostro de los imputados ya que en el sector había luz, en dos ocasiones se les consultó si eran ellos y en ambas los dos afectados reconocieron a los detenidos, luego de detenidos los llevaron a la posta y luego a la unidad, los detenidos manifestaron que no habían hecho nada, lo típico, en la unidad policial se volvió a hacer un registro y no está seguro si se hizo otro reconocimiento, desde que tomaron contacto con las víctimas y la detención de los imputados no pasaron más de seis minutos, la víctima les dijo que habían arrancado por Clave hacia el cerro, estaba con los funcionarios Lincura y Acevedo, no recuerda haber encontrado el banano, pero si está seguro de haber encontrado el dinero en el bolsillo, en la audiencia de juicio reconoció al acusado como una de las personas detenida por ellos ese día y que fue reconocido por los afectados, no recuerda si las víctimas presentaban algún tipo de lesión. Agregó que los afectados estaban en Blanco con Clave, no sabe si está la disco Pagano por ahí, esta ubicación está a dos cuadras de plaza Echaurren, la víctima le dijo que no habían pasado más de cinco minutos de ocurrido el asalto, la mujer le dijo que arrancaron por Clave al cerro, indicando la calle, no recuerda que llevaran más detenidos en el furgón, no recuerda si la víctima les sindicó a dos personas como autores del delito, características decían que dos eran de tez morena y dos de tez más blanca, para él el acusado tiene tez blanca, los detenidos iban en dirección al cerro, no iban subiendo el cerro, faltaban unas tres cuadras para subir el cerro, iban por Clave en dirección al cerro, no sabe si iban al cerro iban en dirección al cerro, estos sujetos iban de espalda a ellos al interceptarlos, la víctima en primera instancia los reconoció por las vestimentas, estas eran de flaites, no recuerda si los cuatro, la víctima reconoció más al que le sacó la plata la víctima lo reconoció mes rápido que a los otros, este era Cuneo, detuvieron a dos Cuneo que cree que eran hermanos, los cuatro iban de espalda y en el momento de detenerlos se giraron al furgón y ahí la víctima los reconoció, la víctima siempre dijo que son los cuatro, no uno más que otro, a los cuatro imputados los ponen contra la pared y ahí les vuelve a preguntar a la víctima si estaba segura y ella dijo que sí de nuevo, en primera instancia a los sujetos los pusieron contra la pared, mirando esta, pero luego los voltearon mirando al carro, no recuerda si a otros les encontraron especies, pero sí que a Cuneo el dinero. Aclaró que al detener a los cuatro sujetos los colocó contra la pared, alineados, los registro y luego los dieron vuelta y la víctima los volvió a reconocer y ahí se les ingresó al calabozo del carro y trasladaron a la posta local, no recuerda si en la unidad volvieron a hacer un reconocimiento;c) con los asertos de HECTOR LINCURA LAGOS, Carabinero, quien relató que el 6 de abril de 2007 estaba

de ronda en el sector del barrio puerto cuando cerca de las 03:00 de la mañana Cenco les dijo que en Blanco con Clave habían unas víctimas de robo, fueron al lugar y se les acercó una niña y un joven que les dijo que cuando caminaban por Blanco en dirección al puerto fueron abordados por cuatro individuos, uno de los cuales a la niña la toma del cuello mientras un segundo le sustrae un banano que portaba y los otros dos sujetos forcejeaban con el pololo y les decían que no gritaran, los subieron al furgón para hacer un patrullaje y a la altura de Serrano con Clave la víctima divisó a unos sujetos y les dijo claramente que eran los que momentos antes les habían efectuado el robo y por eso se les detuvo, la víctima estaba muy alterada y con bastante miedo, esto porque los habían amenazado en el momento del ilícito, la víctima les dijo que eran cuatro individuos los asaltantes y les entregó las características físicas y de vestimentas, pero ahora él no las recuerda, el patrullaje duró unos cinco minutos o un poco más, el lugar de la detención está cerca- 3 o 4 cuadras- del lugar de encuentro con los afectados, por lo que recuerda la víctima estaba clara en la identificación de las personas y al pasar por el lugar dijo que eran esos cuatro tipos, al reconocerlos la víctima los detienen, se les registró y se le consultó de nuevo a la víctima si estaba segura y dijo que sí, el joven que la acompañaba también ratificaba ese reconocimiento, recuerda que en el registro se encontró dinero, no cuanto, en la audiencia reconoció al acusado como una de las personas detenidos por ellos ese día. Agregó que Cenco les dijo que en Blanco con Clave habían dos personas afectadas por un robo, no recuerda si los afectados persiguieron a los asaltantes, la afectada era de nombre Danae, no recuerda quien contó primero los hechos, los afectados se acercaron al carro policial y le contaron lo que pasó al suboficial Sanhueza, no recuerda si este se bajó a hablar con la víctima, desde su puesto de chofer del furgón escuchó lo que Sanhueza hablaba con la víctima, aparte de estar haciendo esto miró si había uno cerca en el sector, al momento de la detención él se bajó del furgón, las víctimas se subieron al asiento trasero, recuerda en que lugar de este ya que él manejaba y Sanhueza iba a su lado, el otro carabinero iba a atrás con los afectados, no recuerda porque calle iban los sujetos cuando la víctima los vio ni cómo iban ya que no se fijó, él ayudó en el procedimiento de la detención, recuerda que la víctima dijo que los sujetos se iban intercambiando la ropa después de haberles robado, no sabe si ella lo vio o cree, pero si eso le escuchó decir, al detener a los sujetos los pusieron contra la pared, no recuerda si se le pidió un nuevo reconocimiento, no recuerda que si antes habían detenido a dos jóvenes antes de estos cuatro ni haberlos subido al furgón; d) con los asertos de LEESTER VILLARROEL TAPIA quien relató que andaba con Danae en la disco Pagano de calle Blanco, no recuerda el día, pero era entre las dos y las tres de la mañana, con ella salieron a comer unos completos cuando venían devuelta por calle Blanco caminaban por la vereda y por la misma vereda venían cuatro individuos, el más chico pescó el bolso de Danae y otro intentó zamarrearla, él trató de intervenir y los otros dos lo tomaron a él de los brazos cuando trató de intervenir, lo tomaron para no moverse, lo sujetaron, a Danae la tenían del cuello y el otro le tiraba el banano, los que lo sujetaron a él eran de rasgos indígenas y otro de tez blanca, tres de rasgos indígenas, de vestimentas urbanas flaites y un que era de tez blanca, que cuando él trató de intervenir y entre tanto forcejeó salió el bolso de Danae y ellos se dieron a la fuga, Danae se puso a llorar y trataron de hacer el mismo recorrido de los sujetos, un caballero les dijo que siempre por el barrio asaltaban y les prestó el celular y llamaron a carabineros, como a los dos minutos aparecieron, les contaron lo que pasó y recorrieron el sector, primero pillaron a dos que eran muy parecidos por las vestimentas, pero no eran ellos, siguieron en el sector y luego venían los cuatro, se habían cambiado las prendas, polerones, jockeys, los vieron a estos cuando iban subiendo caminando por plaza Echaurren hacia arriba, iban los cuatro juntos caminando sin prisa, los reconocieron por las prendas que eran las mismas, pero no coincidían las caras por lo que se dieron cuenta que se las habían cambiado, los rostros de los sujetos los vieron cuando carabineros los detuvo y estos los hicieron reconocer desde dentro del furgón, a los cuatro los reconocieron, solo su pareja los reconoció y él reafirmó lo dicho por su pareja, ambos los reconocieron, esto ocurrió luego de comer los completos cuando ya iban de regreso a la disco, iban por la vereda y se toparon por esta misma vereda y al cruzarse el más chico le tomó el banano a Danae quien lo llevaba en la cintura, este tenía el pase escolar, un pendrive, nueve mil pesos y fracción, a él nada le sustrajeron, en el forcejeo le dijeron que si seguía forcejeando lo iban a apuñalar, esto se lo dijo uno de ellos, el asalto fue rápido, tres o cuatro minutos, no había más gente cuando ocurrió el asalto, antes detuvieron a dos personas por sus vestimentas muy similares, que era media fláite, los descartaron por su color de piel y no tenían rasgos tan indígenas y estatura, donde detuvieron a los cuatro imputados está a una cuadra de Plaza Echaurren, no recuerda cuanto tiempo estuvo en el furgón haciendo el recorrido, en la audiencia reconoció al acusado como uno de los partícipes del delito, esta persona forcejeó con él, le afirmó las manos, los brazos, es una de las personas detenida por carabineros en el patrullaje, solo recuerda que andaba con polerón, pero no más, este asalto lo dejó con más cuidado al andar en las calles, más inseguridad, no andar con cosas de valor, su amiga recuperó el dinero sustraído, la misma cantidad. Agregó que en el Pagano habían bebido un poco y al pasar el asalto no había más gente, a estas personas venían de lejos los cuatro por la misma cuadra, por la misma vereda, se toparon las miradas a un metro, cuando ocurren los hechos estaban cerca Danae y él, pero forcejeaban, estaban como a un metro o metro y medio, los que forcejearon con él era uno de tez blanca y el tipo que está acá, cuando él forcejeaba con estos sujetos podía ver a Danae que la tenían del cuello y forcejeaban, habían dos hermanos de apellido Cuneo, el más chico de porte fue el que le sustrajo el banano a Danae, no escuchó que le decían a su compañera, vio los rostros de los que atacaban a Danae y a él, a carabineros le dio las descripciones de vestimentas y rostro de los sujetos, a las dos primeras personas detenidas las detuvieron abajo del furgón no los subieron y al registrarlos nada le encontraron, no pasaron más que minutos para detener a los otros sujetos, cuando vieron a los cuatro sujetos en el furgón iban subiendo caminando de lado y al pasar por el lado los vieron de perfil y por las vestimentas los reconocieron, esto a unos dos metros, a los sujetos los detuvieron y los hicieron reconocer desde el furgón, cerca los pusieron, Danae fue el primero en reconocerlos y lo hizo primero respecto de Cuneo, el más chico, no sabe lo que Danae sabía más o no, no recuerda cuanto tiempo paso desde el asalto a la detención de estas cuatro personas, para él fue poco, cuando los registraron en la comisaría encontraron la misma cantidad de dinero quitada a Danae, no recupero lo otro, luego del asalto siguieron ellos el recorrido por el pasaje por el que se dieron a la fuga, encontraron el cinturón del banano, pero lo demás no. Aclaró que al volver a la disco enfrentaron a los cuatro sujetos que venían juntos por la misma vereda, cubriéndola, se toparon con ellos, iban cruzándose con ellos y el más chico agarró el bolso de Danae, lo tironeó, la enfrentó y empezó a tironearle el banano que ella llevaba en la cintura, él trató de defender a Danae y los otros dos lo tomaron de los brazos, quedó a poca distancia de Danae, entretanto forcejeo el más chico sacó el banano, los otros dos lo amenazaban de apuñalarlo si seguía interviniendo, al soltarle el banano se dieron los cuatro a la fuga, uno tironeaba a Danae y el otro la tenía tomada del cuello. La defensa

rindió la testimonial consistente en la declaración de ERICK ALEJANDRO ESCOBAR ALE quien señaló que viene a declarar porque su amigo es inocente ya que ese día estaban juntos y no cometieron el delito, cerca de las doce estaban en la Escalera Serrano y como a la una de la madrugada fueron a la plaza Echaurren donde estuvieron hasta como a las tres de la madrugada, siempre se juntaban, él andaba como con ocho lucas, fueron de la plaza Echaurren a la botillería Clave y siguieron tomando y antes de las tres de la mañana fueron a comprar la última cerveza y llegaron el Joy y el Nico, es la única botillería abierta del sector, él vive a una cuadra de esta botillería y en ella no hacen fila, uno entra y pide lo que quiere, es una botillería enrejada, en la botillería estuvieron cinco o diez minutos, compraron cervezas y llegaron Joy y Nico Cuneo, amigos suyos desde chico, llegaron a compartir con ellos, los invitaron a compartir cervezas y se fueron a la Matriz y ahí los detuvo carabineros que les dijo que dejaran las cervezas en el suelo y los pusieron contra la pared, iban a la Iglesia La Matriz, para arriba, carabineros venía detrás suyo, el furgón se subió a la vereda y ahí se bajó un funcionario, en la pared los empezaron a revisar, les pedían unas especies, a él le encontraron como dos mil pesos que le quedaban, luego los subieron al furgón y los llevaron a la comisaría, adentro del furgón iban un par de reclamantes que decían que ellos eran, pero ellos no hicieron nada, después carabineros les dijo que estaban detenidos por robo con violencia, al otro día los pasaron al Juzgado y los tiraron para la calle, a él no lo han vuelto a llamar por esta causa. Agregó que ahora está con esposas por un delito por robo por sorpresa, ha estado antes por otros delitos por robo por sorpresa, robo en lugar habitado como menor y él no cuenta esas detenciones, como menor fue detenido "caleta" de veces, ahora está condenado, por esta condena él es culpable, si uno es inocente va a juicio oral ya que "uno no paga plata que no es de uno", los soltaron al otro día de la mañana porque el magistrado les dijo que eran inimputable. NOVENO:: Que, el delito de robo con violencia, por el cual el tribunal emitió su veredicto condenatorio, se configura por la apropiación de especies muebles ajenas con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, mediando para ello violencia sobre el afectado, esto antes de la apropiación, en el acto de esta o después de cometida ya sea para facilitar su ejecución, para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, para impedir la resistencia u oposición a que se quiten estas o favorecer la impunidad. Que, la unión lógica y sistemática de los hechos consignados en el razonamiento precedente, importan para el tribunal la calificación jurídica de los mismos como un delito de robo con violencia, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, en relación con lo prevenido en los artículos 432 y 439 del mismo cuerpo legal, en el que ha correspondido al acusado CHRISTOPHER WILLIAM GARCIA MENESES participación en calidad de autor inmediato y directo, en los términos del artículo 15 n°1 del Código Penal, toda vez que se ha acreditado, más allá de toda duda razonable, con la prueba aportada a la audiencia del juicio oral y que se valora libremente de conformidad a lo reseñado en el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, cada uno de los requisitos que la ley requiere para tener por configurado este ilícito, a saber: a) que el acusado se apropió de cosas muebles ajenas, a saber, un banano negro que en su interior contenía un pendrive, documentos, llaves y dinero, nueve mil pesos y monedas, de propiedad de la ofendida, Danae Tapia Marín, y que esta portaba o tenía consigo al momento de los hechos, lo que se desprende de los propios dichos de la afectada en cuanto relató en juicio que cuando volvían a la disco Pagano junto a su amigo Lester, cerca de las 03:00 horas, los enfrentan cuatro tipos con la mirada súper amenazante, ella iba con su banano y su amigo al lado, dos de ellos la agarraron a ella y los otros dos a su amigo, los amenazan que si no suelta ella sus cosas los van a apuñalar, forcejeó con los dos tipos luego se soltó el banano y salieron corriendo por Clave para Echaurren los sujetos con el banano en su poder, el banano era negro y lo llevaba en la cadera, solo recuperó el dinero, el mismo que le había quedado por el vuelto de comprar el completo con diez mil pesos, ese mismo vuelto era el que tenían los sujetos detenidos posteriormente por carabineros; ratifica lo anterior el testimonio del testigo presencial Villarroel Tapia quien expresó que un día que andana con Danae en la disco Pagano de calle Blanco, entre las dos y las tres de la mañana, salieron a comer unos completos y cuando venían devuelta por calle Blanco caminaban por la vereda y por la misma vereda venían cuatro individuos, el más chico pescó el bolso de Danae y otro intentó zamarrearla, él trató de intervenir y los otros dos lo tomaron a él de los brazos cuando trato de intervenir, lo tomaron para no moverse, lo sujetaron, a Danae la tenían del cuello y el otro le tiraba el banano, que cuando él trató de intervenir y entre tanto forcejeó salió el bolso de Danae y ellos se dieron a la fuga, que al cruzarse el más chico le tomó el banano a Danae quien lo llevaba en la cintura, este tenía el pase escolar, un pendrive, nueve mil pesos y fracción, su amiga recuperó solo el dinero sustraído, la misma cantidad, no recupero lo otro. Esto aparece corroborado tanto con los dichos de los funcionarios aprehensores Sanhueza Muñoz y Lincura Lagos, ambos carabineros, al relatar el primero que el 6 de abril de 2007 se encontraba de ronda en el sector puerto y cerca de las 03:05 recibió un llamado de Cenco que le señalaba que se trasladará a Blanco con Clave porque habían unas personas víctimas de un delito, al llegar a este se encontraron con una mujer y un joven y les dijeron que minutos antes cuatro individuos, dos de los cuales tomaron a la dama, uno de ellos por el cuello mientras otro le tironeaba un banano en el cual contenía plata \$ 9.200.-, mientras los otros dos forcejaban con el acompañante de la afectada- el varón- y le sustrajeron el banano y se retiraron del lugar, y el segundo que el 6 de abril de 2007 estaba de ronda en el sector del barrio puerto cuando cerca de las 03:00 de la mañana Cenco les dijo que en Blanco con Clave habían unas víctimas de robo, fueron al lugar y se les acercó una niña y un joven que les dijo que cuando caminaban por Blanco en dirección al puerto fueron abordados por cuatro individuos, uno de los cuales a la niña la toma del cuello mientras un segundo le sustrae un banano que portaba y los otros dos sujetos forcejaban con el pololo y les decían que no gritaran, agregando ambos que a los afectados los subieron al furgón y realizaron un patrullaje por el sector divisando los ofendidos cuatro sujetos que sindicaron como los autores y al detenerlos y registrarlos a uno de ellos le encontraron dinero, la suma de \$ 9.200.- precisó Sanhueza Muñoz, misma cantidad sustraída a la víctima; b) que estas especies fueron sustraídas sin la voluntad de su dueña puesto que según la propia versión de la afectada Tapia Marín, estas cosas, que portaba consigo ese día- llevaba el banano en la cintura-, le fueron sustraídas por uno de los cuatro jóvenes que los interceptaron, precisó el más chico, señor Cuneo, que era uno de los dos que forcejeó con ella ya que los otros dos atraparon a su amigo, y durante este forcejeo su soltó el banano y los sujetos arrancaron con él en su poder, similar relato hace el testigo Villarroel Tapia al decir que el más chico de los sujetos que los enfrentó pescó el bolso de Danae y otro intentó zamarrearla, él trató de intervenir y los otros dos lo tomaron a él de los brazos cuando trato de intervenir, lo tomaron para no moverse, lo sujetaron, a Danae la tenían del cuello y el otro le tiraba el banano, y entre tanto forcejeó salió el bolso de Danae y ellos se dieron a la fuga, señalando ambos que la ofendida solo recuperó el dinero cuando carabineros detuvo a los cuatro individuos; corrobora lo

anterior el relato de los funcionarios aprehensores Sanhueza Muñoz y Lincura Lagos al exponer que al trasladarse a Blanco con Clave por unos afectados por un robo se les acercó una pareja- un hombre y una mujer- quienes les dijeron que momentos antes cuando caminaban por Blanco en dirección al puerto fueron abordados por cuatro individuos, uno de los cuales a la niña la tomó del cuello mientras un segundo le sustrajo un banano que portaba y los otros dos sujetos forcejeaban con el varón, dándose a la fuga con el banano en su poder; y, con ánimo de lucro, ya que quienes se apropiaron de dichas especies, lo hicieron con el manifiesto fin de incorporarlas a sus patrimonios como propias, para poder disponer de ellas, tanto así que parte de dichas especies no fueron recuperadas por su propietaria- banano, llaves, documentos y pendrive) que el hecho se efectuó usando violencia, que alude al acometimiento material, a la fuerza física dirigida de manera inmediata en contra de la víctima forzando su oposición, lo que se desprende tanto de los propios dichos de la afectada Tapia Marín en cuanto contó que los enfrentaron cuatro tipos con la mirada súper amenazante, dos de ellos la agarraron a ella, entre esos el más chico y los otros dos a su amigo, los amenazan que si no soltaba ella sus cosas los van a apuñalar, forcejeó con los dos tipos luego se soltó el banano y salieron corriendo por Clave para Echaurren, los cuatro sujetos venían en sentido contrario y venían amenazantes, venían como directo a una presa por eso dice que era una mirada amenazante, ella como que intuía algo, a ella la pescaron de cuello y de los brazos con las manos a la fuerza amenazándola diciéndole que soltara el banano o la iban a apuñalar, su amigo trato de defenderla pero los otros dos sujetos se le opusieron y lo agarraron del cuello, los brazos, lo tenían apretado y no le dejaban hacer nada, la cosa era para facilitar que los otros dos le quitaran el banano, que su amigo Lester estaba a menos de un metro suyo y de frente, ella estaba preocupada por las personas que la atacaban, les pedía que la soltaran y no le hacían caso, la forcejeaban con más rabia y ella estaba pendiente de que no le quitaran las especies, Lester estaba frente suyo y la miraba, les decía que no me atacaran y me soltaran; se condice lo anterior con el relato del testigo presencial Villarroel Tapia al decir que cuando caminaban con Danae por la vereda de Blanco en dirección a la disco Pagano por la misma vereda venían cuatro individuos, de estos el más chico pescó el bolso de Danae y otro intentó zamarrearla, él trató de intervenir y los otros dos lo tomaron a él de los brazos cuando trató de intervenir, lo tomaron para no moverse, lo sujetaron, a Danae la tenían del cuello y el otro le tiraba el banano, entre tanto forcejeó salió el bolso de Danae y ellos se dieron a la fuga, que cuando ocurren los hechos estaban cerca Danae y él, pero forcejeaban, estaban como a un metro o metro y medio, cuando él forcejeaba con estos sujetos podía ver a Danae que la tenían del cuello y forcejeaban, para luego aclarar que al volver a la disco enfrentaron a los cuatro sujetos que venían juntos por la misma vereda, cubriéndola, se toparon con ellos, iban cruzándose con ellos y el más chico agarró el bolso de Danae, lo tironeó, la enfrentó y empezó a tironearle el banano que ella llevaba en la cintura, él trato de defender a Danae y los otros dos lo tomaron de los brazos, quedó a poca distancia de Danae, entretanto forcejeo el más chico sacó el banano, los otros dos lo amenazaban de apuñalarlo si seguía interviniendo, al soltarle el banano se dieron los cuatro a la fuga, uno tironeaba a Danae y el otro la tenía tomada del cuello; ratificado con el testimonio de los funcionarios policiales Sanhueza Muñoz y Lincura Lagos ambos quienes refirieron que al llegar a Blanco con Clave se les acercó una pareja- un hombre y una mujer- quienes les dijeron que momentos antes cuando caminaban por Blanco en dirección al puerto fueron abordados por cuatro individuos, uno de los cuales a la niña la tomó del cuello mientras un segundo le sustrajo un banano que portaba, mientras los otros dos sujetos forcejeaban con el varón, dándose todos a la fuga con el banano en su poder. Que, la versión que de los hechos dan tanto la víctima Tapia Marín como el testigo presencial Villarroel Tapia y los funcionarios policiales Sanhueza Muñoz y Lincura Lagos resulta del todo creíble y verosímil ya que dieron razón de sus dichos, relatando circunstanciadamente los hechos acaecidos, el desarrollo de estos- la ofendida y el testigo presencial- y la forma en que tomaron conocimiento de ellos- los policías-, sin advertirse contradicción en los mismos, además de ser sus declaraciones concordantes o coincidentes y complementarias entre sí, desde ya se encuentran contestes en la fecha, lugar y hora aproximada de ocurrencia de los hechos como también en el número de partícipes y especies sustraídas, esto es en la madrugada del 6 de abril de 2007- precisaron los aprehensores-, en calle Blanco de esta ciudad, un grupo de cuatro sujetos enfrentó a la víctima y su acompañante, uno de estos tomó el banano que la ofendida llevaba en su cintura y otro la tomó del cuello, ambos forcejearon con ella, mientras los otros dos sujetos tomaron del cuello y brazos a su acompañante cuando intentó defender a la afectada, logrando arrebatarle a la ofendida su banano para luego darse a la fuga los asaltantes, siendo estos detenidos posteriormente en un patrullaje que realizaron por el sector con los afectados, recuperando solo el dinero sustraído a Tapia Marín. Como se puede apreciar las declaraciones de la ofendida y de estos testigos son coincidentes y complementarias unas de otras, sin existir contradicción sobre los hechos entre ellos ni con alguna otra prueba de la rendida en juicio, todo lo que abona la credibilidad y verosimilitud de estos atestados. Por último, el delito a que se ha hecho referencia se encuentra en grado de consumado ya que los agentes arrebataron las especies en cuestión, un banano y su contenido, de la esfera de custodia o protección de su dueña, tanto así que esta solo recuperó parte de dichas especies, el dinero efectivo que portaba y ascendía a \$ 9.200.-. DÉCIMO: Que, para calificar jurídicamente de robo con violencia los hechos materia de la acusación fiscal, discrepando de la calificación jurídica contenida en el libelo acusatorio y previa advertencia a los intervinientes, la mayoría de los sentenciadores tuvo presente el concepto de violencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, que según el profesor Gustavo Labatut Glana, comentando el artículo 439 del Código Penal, consigna que "De sus términos se desprende que la violencia o intimidación en las personas deben apreciarse en forma amplia, comprendiendo todos los medios que los malhechores pongan en práctica para obtener la pasividad de la víctima o reducirla a la impotencia.". Derecho Penal, Tomo II, pág. 201, como también que dentro del delito de robo con violencia quedan comprendidas las lesiones leves y menos graves como también cuando no hay lesiones, sobre el punto el profesor Gustavo Labatut Glana señala que "De conformidad a lo prescrito por el inc. 1° del art. 436, robo simple es el cometido con violencia o intimidación en las personas, pero sin que concurran las circunstancias que tipifican el robo calificado. O sea, procediendo por eliminación, el que va acompañado de lesiones menos graves o leves- quedan absorbidas en la penalidad del robo- o en que la violencia o la intimidación no produce lesión alguna a la víctima.", Derecho Penal, Tomo II, pág. 204. Así también lo ha entendido la jurisprudencia emanada por la Excm. Corte Suprema que en su sentencia de fecha 21 de diciembre de 1966 dispone: "La disposición del artículo 436 del Código Penal no exige que la violencia en el robo se materialice en lesiones, sino que está referido al empleo de la fuerza física como contrapuesta a la intimidación que implica el uso de la fuerza moral, o sea, de amenazas. En consecuencia, existe violencia por el hecho de la aplicación sobre la persona de la víctima de una energía material que pueda vencer su resistencia o que pueda provocarle un daño aún cuando esa energía no cause lesiones

de ningún género, pues bastan los simples malos tratamientos a que se refiere el artículo 439 del mismo Código, que define en forma amplia el concepto de violencia con referencias a las finalidades perseguidas de obtener que se manifiesten o entreguen las cosas o de impedir la resistencia u posición a que se quiten. Constituyen violencia, por ende, tanto el hecho de golpear, de arrojar en el suelo, de maniatar o de amordazar a la víctima". (Mario Verdugo Marinkovic; Código Penal, Concordancias, Antecedentes Históricos, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo III, pág.926, Ediar-Conosur Ltda., 2° Edición, año 1986). Además, el artículo 433 del Código Penal señala los diversos momentos en que puede emplearse la violencia en el delito de robo, esta puede tener lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, solo en estos casos la violencia ha de ser considerada como elemento del tipo penal robo con violencia, de tal manera que se requiere una vinculación entre la violencia ejercida y la apropiación de las especies sustraídas. En la especie la conducta del acusado es posible calificarla de malos tratamientos de obra, de aquellos a que se refiere el artículo 439 del Código Penal, destinados a hacer que se entreguen las cosas o para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, toda vez que el acusado fue uno de los dos sujetos- de los cuatro asaltantes- que forcejeó con el acompañante de la víctima- Villarroel Tapia- le afirmó las manos y los brazos cuando intentó auxiliar a la ofendida ya que los otros dos sujetos la tenían del cuello y forcejeaban con ella hasta arrebatarle el banano y huir, siendo amenazado de ser apuñalado si seguía interviniendo, así sobre este punto coinciden los testimonios de Tapia Marín y Villarroel Tapia, precisando este último que el enjuiciado, cuando él trató de intervenir en ayuda de su amiga, junto a otro sujeto lo tomó de los brazos, que lo tomaron para no moverse, lo sujetaron, mientras a Danae la tenían del cuello y el otro le tiraba el banano, y, por su parte, Tapia Marín dijo que de los cuatro sujetos que los enfrentaron, dos de ellos la agarraron a ella y los otros dos a su amigo, los amenazaban que si no soltaba ella sus cosas los iban a apuñalar, ella forcejeó con los dos tipos luego se soltó el banano y salieron corriendo por Clave para Echaurren, reiterando que a ella la pescaron de cuello y de los brazos con las manos a la fuerza amenazándola diciéndole que soltara el banano o la iban a apuñalar, su amigo trato de defenderla pero los otros dos sujetos se le opusieron y lo agarraron del cuello, los brazos, lo tenían apretado y no le dejaban hacer nada, la cosa era para facilitar que los otros dos le quitaran el banano; todo lo anterior constituye un ataque directo a la persona de la víctima y su acompañante, afectando su integridad física, con la finalidad de apropiarse de las cosas que llevaba consigo; en otras palabras, el agente usó violencia física en contra de la ofendida y su acompañante para quitarle su banano e impedir su resistencia u oposición como también la de su amigo, acción violenta intencional del acusado y sus compañeros puesta al servicio del apoderamiento, de tal manera que hay una conexión entre los malos tratos, la violencia, y la apropiación, la primera estuvo al servicio de la segunda, sirvió de medio para lograr la sustracción, o sea, el dolo del agente, que se manifiesta en su conducta, abarca o comprende toda la acción, tanto la de apropiación como la de ejercicio de violencia-malos tratamientos de obra. Tan notorio y claro es este vínculo violencia-apropiación que la propia víctima relató que su amigo trató de defenderla, pero los otros dos sujetos se le opusieron y lo agarraron del cuello, los brazos, lo tenían apretado y no le dejaban hacer nada, "la cosa era para facilitar que los otros dos le quitaran el banano". Que, por todo lo anteriormente expuesto, a los hechos materia de la acusación se les dará la calificación jurídica de robo con violencia y no la atribuida por el ente persecutor penal en su libelo acusatorio, ya que, como se señaló, se acreditó con las declaraciones de la víctima y de los testigos, más allá de toda duda razonable, la apropiación, por medio de violencia- malos tratamiento de obras-, de cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueña. DECIMOPRIMERO: Que, como se dijo, la suma de los elementos anteriores constituyen el delito de robo con violencia los que unidos también lógicamente con los antecedentes de hecho referidos en las consideraciones precedentes, fuerzan a concluir, más allá de toda duda razonable, que el autor del mismo es el acusado de este juicio, CHRISTOPHER WILLIAM GARCIA MENESES, quien intervino en aquél de una de las maneras que dispone el artículo 15 del Código Penal, precisamente la de su numeral 1°, ya que tomaron parte en ellos de una manera inmediata y directa, y para ello se tienen como antecedentes la imputación que le formulan directamente en la audiencia de este juicio oral tanto Villarroel Tapia, cuando este lo reconoce, precisando que fue el acusado García Meneses uno de los dos jóvenes que cuando él trató de intervenir en ayuda de su amiga Danae, a quien un sujeto tenía del cuello y el otro le tiraba el banano forcejeando, lo tomó de los brazos para no moverse, sujetándolo ambos, y, por su parte, la ofendida Danae Tapia Marín reconoció al acusado como una de las personas que la asaltó, señalando que al parecer este es uno de los que a su amigo contuvo, apretando, no la sujetó a ella, no está segura si es uno de los que la atrapó a ella por atrás- a quien no le vio el rostro.- o contuvo a su amigo, pero está segura que era uno de ellos, de los que estaba en el asalto, uno de los cuatro asaltantes; concordante esta con los dichos de los funcionarios aprehensores Sanhueza Muñoz y Lincura Lagos Ibacache en cuanto ambos señalan que el acusado es uno de los detenidos en el procedimiento policial en que participaron ya que luego de encontrarse con la ofendida y su acompañante y relatarles estos lo que les ocurrió, iniciaron una búsqueda por el sector y fiscalizaron a cuatro jóvenes que fueron indicados por la víctima como los autores del asalto y al registrarlos, en poder de uno de ellos- no el acusado- se encontró el dinero sustraído a la afectada, precisando ambos que la víctima y su acompañante reconocieron a los cuatro sujetos como los asaltantes, estando clara la ofendida y manteniendo este reconocimiento en las dos ocasiones que le preguntaron. Los dichos que sobre este punto dan la afectada, el testigo presencial y los funcionarios aprehensores son verosímiles y creíbles ya que dieron razón de sus dichos, relatando circunstanciadamente los hechos acaecidos, la forma en que tomaron conocimiento de ellos, sin advertirse contradicción en los mismos, además de ser sus declaraciones concordantes o coincidentes y complementarias entre sí, testimonios no contradichos en juicio, desde ya se encuentran contestes en la época, lugar y hora aproximada de ocurrencia de los hechos como también en el número de partícipes y especies sustraídas, destacando que la víctima, mientras se encontraba arriba del furgón policial realizando una búsqueda por el sector, señaló a los aprehensores cuatro personas como autoras del delito y en poder de uno de estos- no el acusado- se recuperó el dinero sustraído a Tapia Marín. A su vez, la imputación que le formula Villarroel Tapia al acusado, en cuanto a que fue uno de los dos sujetos que lo tomó y con quien forcejeó mientras otros dos forcejeaban con su amiga, es directa y fuerte y no ha sido desvirtuada en juicio con ninguna otra prueba de la rendida en audiencia. Que, los elementos de convicción reseñados son suficientes para comprender como ocurrieron los hechos y la participación de los acusados en estos, destacando que para determinar su participación en el ilícito no solo se cuenta con el mérito de la declaración de la ofendida sino que también con el testimonio de un testigo presencial y de los funcionarios aprehensores. Que, en consecuencia, la prueba de cargo rendida en juicio resulta bastante y suficiente para destruir la presunción de inocencia que amparaba al imputado al inicio de este juicio, ya que con ella se logró probar, más

allá de toda duda razonable, la autoría del acusado CHRISTOPHER WILLIAM GARCIA MENESES en los hechos materia de la acusación fiscal al haber intervenido aquel de una manera inmediata y directa, realizando acciones de violencia, consistente en malos tratos de obra, sobre el acompañante de la ofendida para facilitar la sustracción de su banano. DECIMOSEGUNDO: Que, haciéndose cargo de las demás alegaciones efectuadas por los intervinientes, cabe decir: a) que respecto a la existencia de los hechos materia del juicio, su calificación jurídica y participación que en estos le cupo al acusado, se estará a lo latamente desarrollado en los motivos anteriores) que con referencia a las alegaciones de la defensa referidas al reconocimiento practicado por la ofendida y testigo hay que decir que la prueba vertida en el juicio no permite colegir que los reconocimientos en cuestión hayan sido inducidos, tanto la víctima como el testigo presencial expresaron claramente porque podían reconocer a los asaltantes- los pudieron ver mientras forcejeaban, usaban un vestuario particular y una forma de caminar característica- así con estos elementos pudieron indicarlos en el patrullaje realizado, encontrando en poder de uno de los cuatro sindicados por ellos el dinero sustraído, amén que Villarroel Tapia fue certero en su reconocimiento efectuado en el juicio, no dudó al decir que se trataba de uno de los sujetos que lo tomó a él, misma certeza que mostró la afectada al decir que el enjuiciado era uno de los atacantes, señalando que "al parecer este es uno de los que a su amigo contuvo, apretando, no la sujetó a ella, no está segura si es uno de los que la atrapó a ella por atrás- a quien no le vio el rostro.- o contuvo a su amigo", es decir, mostró total seguridad y confianza al señalar que se trataba de uno de los sujetos que participaron en el delito; es decir, las vestimentas de los imputados fue un elemento más, junto con las características físicas y forma de caminar, que permitió a los afectados hacer la imputación que realizaron, circunstancias todas que permitieron el reconocimiento efectuado y si bien en un primer momento carabineros controló- a instancia de la ofendida- a dos sujetos que se parecían mucho en la ropa y caminar de los agentes, la misma víctima dijo que no se parecían en los rostros, no coincidían en estos- estas dos personas fiscalizadas a ella se las mostraron y las vio por el vidrio del furgón-, es decir, la afectada pudo discriminar entre personas que tenían el mismo vestuario y forma de caminar sindicando luego a otros- precisó que los reconoció además de por la vestimenta y manera de caminar, por el rostro ya que le quedó marcada la imagen de cuando la atraparon los dos tipos-, estos últimos que al ser registrados a uno de ellos se le encontró la suma sustraída, factor que ratifica el descarte efectuado por la ofendida de los dos primeros fiscalizados y reafirma la imputación efectuada al acusado y sus acompañantes, lo que en nada se ve afectado por los olvidos de los funcionarios aprehensores, lo que es comprensible atendido el tiempo transcurrido y por ser para ellos un procedimiento más dentro de su trabajo diario, en cambio, para los afectados se trata de una única situación excepcional, lo que facilita su recuerdo y refuerza su credibilidad, sin afectar lo anterior, tampoco, las decisiones que se tomaron en el ámbito judicial respecto de los imputados como tampoco que la detención de los acusados se haya producido, a los mas, dentro de sesenta minutos de ocurridos los hechos, período que queda comprendido en lo que el legislador define por flagrancia en el inciso final del artículo 130 del Código Procesal Penal; c) que en relación al testimonio del acusado como medio de defensa y el relato del testigo Escobar Ale deben estos analizarse teniendo presente el resto de la prueba vertida en juicio y así solo es posible entender que estos atestados tienen correlato solo con parte de ella y solo en aquello resultan creíbles, por ejemplo en el día, lugar y hora aproximada de su detención, sin embargo hay partes de sus dichos que no se encuentran ratificados y se controvierten con la prueba de cargo lo que le resta credibilidad y verosimilitud, por ejemplo, si bien tanto el enjuiciado como el testigo Escobar Ale señalaron haber estado, el día de su detención, bebiendo cervezas desde la medianoche- unas siete precisó el acusado- ninguno de los que declararon en juicio se refirió al estado de temperancia de los detenidos, siendo posible colegir que pudo haber estado afectado por el consumo de alcohol reconocido, ni siquiera los aprehensores se refirieron a este a pesar de ser una circunstancia o característica que por su trabajo habitualmente perciben y consignan; otro punto de conflicto entre ambos testimonios es el relativo a su espera en la botillería, el encartado dijo que hicieron una fila para ser atendidos, agregando que mientras estaban en la fila llegaron los hermanos Cuneo, pero Escobar Ale fue categórico al señalar que en esa botillería no se hace fila, "uno entra y pide lo que quiere" dijo, además difieren en el tiempo que estuvieron en dicho local comercial; por último, no hay que olvidar que el acusado y este testigo fueron detenidos por este ilícito y ambos tuvieron la calidad de imputados en esta causa, siendo distinto el destino procesal del testigo por su edad a la fecha de comisión de los hechos, según señaló era inimputable y el fiscal expuso que fue declarado sin discernimiento, lo que unido a las discordancias antes señaladas y la certeza y claridad de la prueba de cargo, permiten restar credibilidad a los dichos del enjuiciado y del testigo Escobar Ale; d) que en cuanto a circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal concurrente, cabe señalar que en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal el representante del ente persecutor incorporó el Extracto de Filiación y Antecedentes del enjuiciado, el cual consigna las siguientes anotaciones pretéritas: 1.- Rit 4641-2006 del Decimoquinto Juzgado de Garantía de Santiago condenado el 24 de septiembre de 2006 a 50 días de prisión, pena remitida, como autor de Infracción a Ley de Propiedad Intelectual; y, 2.- Rit 2063-2006 del Juzgado de Garantía de Temuco condenado el 19 de abril de 2006 como autor de hurto de especies a 61 días de presidio menor en su grado mínimo, pena cumplida, multa pagada, antecedente que permite concluir que el enjuiciado no tiene irreprochable conducta anterior. En la misma audiencia incorporó, además, para acreditar la agravante de pluralidad de malhechores invocada en el libelo acusatorio, copia de la sentencia recaída en causa Rit 262-2008 de este tribunal de Juicio Oral en lo Penal, dictada el 21 de octubre de 2008 y la que consigna, entre otras muchas cosas, "VALPARAÍSO, veintiuno de octubre de dos mil ocho. VISTO, OIDO Y CONSIDERANDO: PRIMERO: Que con fecha dieciséis de octubre de dos mil ocho, se llevó a efecto ante esta Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, constituido por la Juez Presidente de Sala, doña María del Rosario Lavín Valdés y las magistrados doña María Cruz Fierro Reyes y doña María Eugenia Vega Godoy, el juicio oral Rit 262-2008 seguido en contra de NICO ALEXANDRO CUNEO CONTRERAS chileno, cédula nacional de identidad N° 16.968.671-8, soltero, estudiante, domiciliado en Artillería N°383, Paseo 21 de Mayo, Playa Ancha, Valparaíso. Fue parte acusadora del presente juicio el Ministerio Público de Valparaíso, representado por la Fiscal adjunto doña Lorena Ulloa Reyes domiciliada en Molina N° 150, Valparaíso; la defensa del acusado estuvo a cargo de la Abogada Defensora Penal Público doña María Alejandra Saba Tala domiciliado en O'Higgins 1260, Valparaíso. SEGUNDO: El Ministerio Público sostuvo en su acusación "El día 6 de abril de 2007, aproximadamente a las 03.00 horas de la madrugada, en circunstancias que la víctima doña Danae Tapia Marín transitaba por calle Blanco en compañía de su pololo Lester Villarroel Tapia, al llegar a calle Clave fueron interceptados por los acusados Cuneo Contreras y García Meneses y por dos menores de edad de iniciales EAEA y JFCC, rodeando todos ellos a Danae Tapia, forcejeando con ella a fin de sustraerle un banano que portaba cruzado a su cuerpo, tomándola uno de

éstos por el cuello, mientras los otros forcejeaban con Lester Villarroel a fin de evitar que saliera en defensa de su polola; logrando en definitiva los imputados sustraer el banano a Danae Tapia Marín, dándose a la fuga del lugar, gritándoles a las víctimas que si gritaban o pedían ayuda las apuñalarían." Que los hechos descritos son constitutivos del delito de robo con intimidación en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, perpetrado en calidad de autor por el acusado; agregó que lo favorece la circunstancia modificatoria de responsabilidad criminal establecida en el artículo 11 N°6 del Código Penal y lo perjudica la agravante específica descrita en el artículo 456 bis N°3 del citado cuerpo legal. Solicita que se le imponga la pena de cinco años y, un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las penas accesorias legales y el pago de las costas de la causa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal.", como también "SEPTIMO: Que este Tribunal, después de valorar libremente toda la prueba, pero sin contradecir en ello los principios de la lógica y las máximas de la experiencia y, los conocimientos científicamente afianzados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, estima que los hechos que se dan por establecidos con toda la prueba rendida y aportadas a la audiencia por el Ministerio Público, son los siguientes: "El día 6 de abril de 2007, aproximadamente a las 03.00 horas en circunstancias que Danae Tapia Marín y Lester Villarroel Tapia transitaban por calle Blanco, al llegar a calle Clave, fueron interceptados por cuatro sujetos, entre ellos el acusado Nico Alexandro Cuneo Contreras, dos de los cuales tomaron a la ofendida Tapia Marín de sus brazos y cuello, forcejeando e intimidándola con palabras soeces, tironeándole el banano que llevaba en sus caderas, en tanto los otros dos forcejeaban con Lester Villarroel Tapia a fin de evitar que éste saliera en defensa de su amiga Danae, logrando en definitiva sustraer la mencionada especie dándose a la fuga con la misma." y, por último, "I.- Que se condena al acusado NICO ALEXANDRO CUNEO CONTRERAS cédula nacional de identidad número 16.968.671-8 ya individualizado, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoría de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficio públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y, al pago de las costas de este juicio, como autor del delito de robo con violencia, en grado de consumado, en la persona de Danae Tapia Marín hecho acaecido el día 6 de abril de 2007, en esta ciudad de Valparaíso." En consecuencia, para la mayoría de los sentenciadores, corresponde acoger la agravante de pluralidad de malhechores invocada por el Ministerio Público en su acusación al haberse acreditado en juicio, tanto con la prueba de cargo como con la copia de sentencia incorporada en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal- esta última permite colegir que por el mismo hecho ya fue acreditada la participación en calidad de autor de Nico Alexandro Cuneo Contreras, quien fue condenado por aquello-, que fueron más de dos los agentes que actuaron en el ilícito de robo con violencia en perjuicio de Danae Tapia Marín, ya que como se estableció en esta sentencia se acreditó, más allá de toda duda razonable, con los dichos de la víctima, testigo presencial y de los funcionarios aprehensores que depusieron como testigos, que en este delito participaron, a lo menos, cuatro personas, -dos atacaron y forcejearon con la ofendida y los otros dos sujetaron y forcejearon con Villarroel Tapia para que este no impidiera el ataque a la ofendida- de tal manera que se dan los presupuestos de la norma legal en cuestión puesto que para que proceda la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Punitivo, sólo se requiere que dos o más personas hayan intervenido materialmente en el hurto o robo, o sea, basta para su acogimiento la concurrencia de pluralidad de partícipes en el hecho, hayan o no delinquirido con anterioridad. Al respecto tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria están contestes en que el fundamento de esta agravante especial de "ser dos o más los malhechores", surge de la intervención material de varios individuos en la comisión del delito, sea en carácter de autores y/o cómplices, ya que el número de los agentes -dos o más- representa objetivamente, en el pensamiento del legislador, una fuente de particular indefensión para la víctima, que ve menoscabadas sus posibilidades de defensa frente a la agresión, es decir, que la ratio legis de esta agravante, introducida por el artículo 53 de la Ley N° 11.625, fue precisamente sancionar en los delitos de hurto y robo, a aquellos que por obrar en pluralidad, constituyan un mayor peligro para el ofendido, cuyas posibilidades de defensa se encuentran amagadas por la superioridad del número de transgresores y lo que, de manera consiguiente, les da una mayor seguridad en su actuación, en esencia, es la peligrosidad que representa la simple presencia de varias personas en la comisión de estos ilícitos, la razón de ser de esta especial causal de agravación, todo lo que en la especie ocurrió como se ha señalado, por lo que se estima configurada la agravante invocada; e) que así las cosas el acusado García Meneses se presenta a la determinación judicial de la pena perjudicándole una circunstancia agravante de responsabilidad criminal- la del artículo 456 bis n° 3 del Código Penal- sin favorecerle minorante alguna, atendido lo cual no se le impondrá la pena en el mínimo, según lo preceptuado en el artículo 68 del Código Penal, y dentro del grado correspondiente se le impondrá en su parte inferior teniendo en cuenta para ello la extensión del mal causado. Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 7, 14, 15 n° 1, 16, 24, 25, 26, 27, 28, 50, 68, 69, 432, 436 n° 1 y 456 bis n° 3 del Código Penal, y artículos 1, 45, 47, 295, 296, 297, 325 a 338, 340, 341, 342, 344, 351 y 468 del Código Procesal Penal, SE DECLARA: I.- Que, SE CONDENAN al acusado CHRISTOPHER WILLIAM GARCIA MENESES, cédula de identidad 16.694.689-1, ya individualizado, a sufrir la pena de DIEZ AÑOS Y UN DÍA de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito consumado de robo con violencia, en perjuicio de Danae Tapia Marín, perpetrado en esta ciudad el día 6 de abril de 2007. 2° Que, atendida la extensión de la pena corporal impuesta al sentenciado no se le concede beneficio alguno de la Ley N° 18.216, por lo que deberá cumplir efectivamente la pena privativa de libertad impuesta, sirviéndole de abono los 66 días que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad por esta causa, esto desde el 21 de febrero de 2009, según consigna el respectivo auto de apertura de juicio oral. 3° Que, se condena al sentenciado al pago de las costas de la causa. Se previene que el Juez don Leonardo Aravena Reyes fue de la opinión de calificar el hecho que se dio por establecido como robo con intimidación y no con violencia, también del artículo 436 inciso 1° del Código Penal, como planteó desde el principio el Ministerio Público por lo demás, ya que si bien es efectivo que resultó probado que los asaltantes forcejearon con la víctima y su acompañante para sustraer el banano de la primera e impedir la reacción del segundo y además, tomaron del cuello a la afectada, todo tal como se relató en la acusación, dicho contacto físico es considerado por el disidente como parte de la intimidación efectuada, sin que reúna ni a partir del relato efectuado en la presentación de cargos, ni por los dichos de los testigos, el estándar suficiente para estimar que es de aquellos maltratos de obra que pueden ser concebidos como violencia en las personas al tenor del artículo 439 del Código Penal. Esto no significa exigir evidencia de lesiones en los ofendidos, que de hecho no

existieron, para que haya violencia, pero sí de que haya sido el maltrato físico, la agresión o la fuerza bruta lo que haya gobernado el contexto general del delito contra la propiedad, lo que aquí no acontece. Por el contrario, la ofendida Danae Tapia en su declaración pone énfasis en que los sujetos tenían una mirada amenazante, eran muy rápidos, los insultaron y amenazaron con apuñalarlos quedando ella “súper asustada”, todo lo cual es significativo de intimidación más que de violencia. En ningún momento refirió agresiones, golpes u otro contacto físico que ella percibiera como maltrato de obra hacia su persona. Lo mismo puede decirse en general de los atestados de Lester Villarroel, quien dio a entender incluso que desistió de forcejear para defender a su compañera cuando fue amenazado de apuñalamiento. Por otra parte, el disidente estuvo por rechazar la circunstancia agravante de responsabilidad criminal de ser dos o más los malhechores del artículo 456 bis N° 3° del Código Penal y aplicar al encartado una pena principal de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por el delito de robo, ya sea con violencia o con intimidación, por las siguientes consideraciones: 1.- La fiscalía acompañó en la etapa procesal correspondiente como fundamento de la modificatoria invocada, la sentencia definitiva de este Tribunal de fecha 21 de octubre de 2008, causa R.I.T. N° 262-2008, R.U.C. N° 0700258979-0 (el mismo de esta causa), en la que consta haberse condenado por los mismos hechos de este juicio a Nico Alexandro Cuneo Contreras, como autor del delito de robo con violencia, a sufrir entre otras, la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. En el motivo séptimo del fallo se transcribe el hecho que se dio por establecido, en el que participaron cuatro sujetos. Y en el apartado 7)- del fundamento duodécimo de la sentencia el Tribunal rechaza la circunstancia agravante de responsabilidad criminal de pluralidad de malhechores por haberse dirigido el juicio en contra de un solo individuo y porque aún cuando éste actuó junto a otras personas, dos de ellas menores declarados sin discernimiento, no se pudo establecer legalmente su participación culpable de autores, de manera que no fue posible considerarlos coautores agravando la responsabilidad del condenado. 2.- Que el argumento anterior, en apariencia, formalmente considerado, no podría ser fundamento para rechazar la pluralidad de malhechores en este juicio, ya que con la incorporación del fallo aludido más los razonamientos de esta sentencia, resulta evidente la comprobación de que en el hecho punible actuaron a los menos dos sujetos perfectamente individualizados y determinados—Cuneo y García-, como autores, resultando condenados. Incluso se sabe qué labor desarrolló cada cual en el delito. Por lo tanto, ya sea que ambos sean autores materiales y directos o se hayan dividido las labores con la conciencia de estar ejecutando una obra común, en este momento, formalmente, puede haber pluralidad de malhechores. 3.- Que no obstante, la consideración de la agravante de pluralidad de malhechores en este juicio, ha determinado que el acusado García Meneses sea condenado obligatoriamente a la pena principal de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, por aplicación del artículo 68 inciso 2° del Código Penal, en circunstancias que en la causa R.I.T. N° 262-2008 de este Tribunal, el condenado Cuneo Contreras fue castigado con la pena principal de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, ya que se desechó a su respecto la agravante en comento. Lo anterior ha sucedido en el siguiente contexto: a) Ambos sujetos mayores de edad, resultaron condenados por el mismo hecho, por el mismo delito y en idéntico grado de desarrollo y participación criminal, ya que actuaron conjuntamente o fueron coautores del mismo hecho punible; b) Ninguno de los dos tenía derecho a ser favorecido con atenuantes ni fue perjudicado con otras agravantes; c) A uno se le aplicó la pluralidad de malhechores (García) y al otro no (Cuneo), de lo que resultó en definitiva que el primero fuera condenado al doble de la pena que el segundo; y, d) No influyó en ninguno de los dos casos en la determinación de la pena, alguna otra circunstancia particular o los motivos del artículo 69 del Código Penal. 4.- Que lo anterior ocurrió no por una disquisición de fondo del Tribunal o de diversidad de criterio jurídico, sino que exclusivamente porque uno de los jóvenes fue juzgado antes que el otro y aunque resulte redundante decirlo, el segundo después que el primero. En otras palabras, Christopher García fue perjudicado con la agravante que nos ocupa ya que al ser enjuiciado con posterioridad, ya existía en poder del Ministerio Público la sentencia condenatoria del juicio anterior en contra de Nico Cuneo, que permitió acreditar la modificatoria de responsabilidad criminal señalada. 5.- Que en las circunstancias anotadas, la pena recibida por Christopher García resulta en opinión del disidente desigual ante la ley y la justicia y además, desproporcionada respecto de la que ha debido soportar Nico Cuneo. No es necesario ser abogado ni Juez para advertir lo anterior; cualquier persona se preguntaría razonablemente por qué un hombre que hizo exactamente lo mismo que otro, recibe el doble del castigo, por haber sido juzgado unos meses después por el mismo Tribunal, que es lo que objetivamente determinó respecto de él la aplicación de la agravante de ser dos o más los malhechores. 6.- Que el fundamento de la conclusión anterior emana por una parte, de la aplicación de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley e igualdad ante la justicia, establecidas en el artículo 19 N° 2° y 3° de nuestra Carta Fundamental. Respecto de la primera, Nogueira señala en la parte pertinente a este fundamento, que “es un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir de un trato basado en diferencias arbitrarias. En el plano de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sin que el operador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas” (Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Librotecnia, Santiago, 2008, Tomo 2, Pág. 226). Por cierto, los operadores pueden ser tanto el legislador como cualquier autoridad pública y los particulares. Señala además el autor que desde una perspectiva jurídica, en todos los aspectos relevantes las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo; que las diferencias que corresponden a condiciones objetivas (no las subjetivas, que son el núcleo duro de la garantía) pueden ser reguladas, pero la diferenciación del tratamiento de personas debe estar justificada racionalmente; y, que la diferencia arbitraria se encuentra en oposición a la justicia siendo inconstitucional y contraria a los derechos humanos (Nogueira, *Ob.Cit.* Págs. 226 y 227). Más adelante, como una de las modalidades de la diferenciación arbitraria, el académico distingue entre aquella que es de iure (en el contenido de las normas jurídicas) y la que es de facto, siendo ésta la que se produce como consecuencia de la aplicación de la norma jurídica, sin que los preceptos jurídicos en sí mismos sean necesariamente discriminatorios, en otras palabras hay discriminación de facto cuando la norma jurídica no se aplica imparcialmente a todas las personas que se encuentran en la misma hipótesis, hay aquí por lo tanto, un enjuiciamiento a la aplicación de la ley. La igualdad en la aplicación de la ley implica una obligación para todos los órganos estatales mediante la cual no pueden aplicar la ley de manera diferente a personas que se encuentran en supuestos sustancialmente iguales. La jurisdicción puede resolver, a su vez, casos en apariencia iguales, con resultados diferentes, si se justifica la razonabilidad de la decisión en virtud de restablecer una igualdad auténtica o por particularidades de supuestos fácticos que

justifiquen resultados diferentes (Nogueira, Ob. Cit. Págs. 246 y 247). Respecto de la igualdad ante la justicia, Pffefer señala que "supone no solamente un trato igualitario a todas las personas comprometidas o sometidas a un mismo proceso o juicio, sino también, el derecho de quienes son juzgados en un juicio determinado a recibir el mismo trato que otros juicios o procesos han recibido otras personas que estaban en su misma situación" (Emilio Pffefer Urquiga, Manual de Derecho Constitucional, Ediar Conosur Ltda., Santiago, 1985, Tomo 1, Pág. 372). A partir de la igualdad ante la ley se puede también discernir respecto de la importancia del precedente judicial, entendido como el deber de los Jueces de ser consistentes con sus decisiones anteriores, salvo el caso de un cambio fundamentado de parecer. En ese sentido, la uniformidad de la jurisprudencia resulta trascendental para la materialización del principio constitucional aludido, fundamento a su vez de la seguridad y certeza jurídicas. El profesor Mera agrega que "la igualdad ante la ley presupone, desde luego, que esta última se aplique de la misma manera a casos similares: todas las personas tienen derecho al mismo tratamiento en la aplicación de las normas legales. Resulta evidente que decisiones jurídicas contradictorias de los tribunales sobre los mismos puntos de derecho relativas a hechos similares violan el derecho de igualdad ante la ley" (Jorge Mera F., Álvaro Castro M., Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, LexisNexis, Santiago, 2007, Págs. 9 y 10). Finalmente respecto del precedente, si se estima necesario modificarlo, alterarlo o afectarlo en un caso sustancialmente similar, ello debería fundarse en razones de justicia, de equidad, de fortalecimiento de las garantías constitucionales, no de debilitamiento.

7.- Que a la luz de las consideraciones de hecho y doctrinales anteriores, se puede concluir que acoger la circunstancia agravante de responsabilidad criminal del artículo 456 bis N° 3° del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, respecto de Christopher García en este caso, habiéndose desechado respecto de Nico Cuneo en el juicio R.I.T. N° 262-2008 de este Tribunal, en los términos explicados, se trasunta en una diferenciación arbitraria en relación con la penalidad que cada uno debe sufrir por la comisión conjunta y en las mismas circunstancias del mismo hecho punible, a saber 10 años y un día de presidio García y 5 años y un día Cuneo, lo que a su vez implica una desigualdad ante la ley y ante la justicia respecto del primero de los citados, ya que en un supuesto sustancialmente igual, solo por razones formales como se dijo en los considerandos 3) y 4) de esta resolución, ha resultado desproporcionadamente castigado con mayor severidad por el mismo Tribunal, sin que la razonabilidad de la decisión se encuentre suficientemente justificada. Además, existiendo un precedente judicial del mismo Tribunal, la aplicación de la disposición legal en comento ha significado respecto de encartado García Meneses en materia de penalidad concreta, una decisión judicial contradictoria, que agrava su situación, sin que tampoco resulte especialmente fundamentado el cambio de parecer, afectándose por esta vía también, la igualdad ante la justicia y por dicha vía, la seguridad y la certeza jurídicas.

8.- Que la aceptación del principio de la *reformatio in melius* en el artículo 360 inciso 2° del Código Procesal Penal se relaciona con el respeto de las garantías fundamentales de que se ha hablado, esto es el hecho de que la decisión favorable que se dicte en contra de uno de los acusados por un mismo delito debe aprovechar a los demás, salvo que los fundamentos fueren exclusivamente personales del beneficiado. En este caso, si bien es cierto no se está ante una decisión que deba pronunciarse respecto de un recurso, ni el condenado García es recurrente, existen las mismas razones de justicia y equidad para aplicar a Christopher García la misma pena que a Nico Cuneo y no el doble de la misma, ya que ambos son autores del mismo delito y en análogas circunstancias como se ha dicho, sin que existan razones exclusivamente personales para perjudicar al segundo con la agravante que no se acogió respecto del primero.

9.- Que teniendo especialmente presente lo señalado en el motivo 2) de esta parte de la prevención, en la disyuntiva respecto de aplicar o no al caso concreto la circunstancia agravante, considerando la posibilidad de conculcar garantías constitucionales, es preferible no hacerlo, ya que ello se compadece más con una concepción valorativa de la dogmática penal y procesal penal, esto es, construida a partir de los valores del sistema, lo que en definitiva se traduce en aplicar la interpretación que mejor represente el respeto y la protección de los derechos y garantías fundamentales de las personas, esto es, de los derechos humanos.

10.- Que a mayor abundamiento, habiendo el disidente calificado el delito como robo con intimidación, que fue lo solicitado por el Ministerio Público, según los fundamentos ya señalados en esta prevención, tampoco procede en esta hipótesis legal acoger la agravante de pluralidad de malhechores respecto de Christopher García, ya que atendida la distribución de funciones, labores o tareas desempeñadas con Nico Cuneo en el delito, esto es, para producir la intimidación García se ocupó de Lester Villarroel y Cuneo de Danae Tapia, aquella resulta inherente al delito "in concreto" en los términos del artículo 63 inciso 2° del Código Penal, por lo que la circunstancia agravante no puede producir en este caso el efecto de aumentar la pena, sin infringir la disposición legal citada ni lesionar el principio "non bis in ídem". Ejecutoriada esta sentencia, dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 19.970. Regístrese y ejecutoriada que sea, remítase copia autorizada al Juzgado de Garantía de Valparaíso, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 14 letra f) y 113 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales, y artículo 468 del Código Procesal Penal. Devuélvase la documentación a los intervinientes. Redacción del magistrado don Christian Le-Cerf Raby y de la prevención su autor. Archívese en su oportunidad. RUC: 0700258979-0.-.RIT: 81-2009.-. Sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, integrada por los magistrados don Leonardo Aravena Reyes, quien la presidió, y los magistrados don Christian Le-Cerf Raby y doña Irene González Minvielle.-.B) SENTENCIA DE LA ICA DE VALPARAÍSO CONOCIENDO DEL RECURSO DE NULIDAD EN CONTRA DE LA SENTENCIA REFERIDA EN EL LITERAL ANTERIOR. Valparaíso, nueve de junio de dos mil nueve. Visto, oídos y teniendo presente: Primero. Que doña María Alejandra Saba Tala ha deducido recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada en juicio oral, en su calidad de Defensora Pública por el procesado Christopher William Tapia Meneses, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de esta ciudad de Valparaíso, conformada por los jueces señores Leonardo Aravena Reyes y Christian Le-Cerf Raby y señora Irene González Minvielle, el veintisiete de abril del año en curso, argumenta que al dictarse la sentencia se ha incurrido en el vicio de nulidad prescrito en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Segundo. Que sostiene que el error consiste en haber calificado el ilícito de robo con violencia, en circunstancias que se trata de un delito de robo con intimidación. Indica que el Ministerio Público dijo que el hecho es constitutivo del delito de robo con intimidación y que le afecta la agravante de pluralidad de malhechores, por lo que pide la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo. Expresa que su defensa coincide con el voto de minoría del juez don Leonardo Aravena. Indica que no se ha respetado el principio de inherencia, en relación al artículo 63 inciso segundo del Código Penal, que forma parte del *non bis in ídem*, en la forma que expresa y también el de proporcionalidad, ya que el otro procesado, que fue juzgado antes de tiempo, por idéntica acción, se le impuso la pena de cinco años y un día como consta de autos, lo

que tiene una dimensión de tipo constitucional. En lo conclusivo pide se rectifique la calificación jurídica a robo con intimidación y que no corresponde la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal y que se rebaje la pena a 5 años y un día, por tanto se anule la sentencia, se dicte otra de reemplazo y se le condene a la pena ya indicada. Tercero. Que estos sentenciadores comparten los fundamentos del voto disidente del juez don Leonardo Aravena, en sus numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10, los que se dan íntegramente por reproducidos y que son los adecuados para arribar a la conclusión, que en la especie, se ha hecho una errónea aplicación del derecho, que por las circunstancias propias del juzgamiento llevan a la imposición de una pena que resulta el doble de la impuesta a su coautor, en iguales condiciones, considerando que la pluralidad de malhechores no es una situación personal del procesado sino que la forma de comisión del ilícito. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 b), 378 y 385 del Código Procesal Penal se hace lugar al recurso de nulidad y en consecuencia, se declara nula la sentencia de veintisiete de abril de dos mil nueve, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, y se dispone dictar una nueva sentencia separadamente y por este mismo Tribunal. Regístrese y comuníquese. Redactor Ministro don Gonzalo C. Morales Herrera. RUC 0700258979-0.RIT O-81-2009.Rol I.C. N° 529-2009.No firma el Ministro Sra. Gabriela Corti Ortiz, por encontrarse con feriado legal. Pronunciada por la Tercera Sala de la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, presidida por el Ministro señor Gonzalo Morales Herrera e integrada, además, por el Ministro señor Manuel Silva Ibáñez y por el Ministro señora Gabriela Corti Ortiz. Resolución incluida en el estado diario del día de hoy y comunicada con esta fecha vía email C) SENTENCIA DE REEMPLAZO DE LA ICA DE VALPARAÍSO. Valparaíso, nueve de junio de dos mil nueve. Sentencia de reemplazo. Visto, oídos y teniendo presente: Primero. Que se reproducen de la sentencia anulada sus motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo. Segundo. Que los elementos de juicio ya descritos, a que se refieren los fundamentos anteriores permiten tener por establecido que el hecho investigado es constitutivo del delito de robo con intimidación, a que se refiere el artículo 432 en relación al artículo 436 inciso primero, ambos del Código Penal. Tercero. Que en cuanto a la participación del acusado Christopher William García Meneses, se reproduce el motivo decimoprimer (debe decir undécimo), pero desde donde dice el nombre completo del encartado hasta el término, pero se sustituye "realizando acciones de violencia, consistente en malos tratos de obra, sobre el acompañante de la ofendida para facilitar la sustracción del banano" por el nuevo período "realizando acciones de intimidación, consistentes en grito y amenazas de darles puñaladas al acompañante si no soltaba el banano". Cuarto. Que en relación a las pruebas y alegaciones efectuadas, se reproduce el fundamento decimosegundo (debe decir duodécimo) en sus letras a), b), c) y d), pero sólo hasta donde dice "...hecho acaecido el día 6 de abril de 2007, en esta ciudad de Valparaíso". Quinto. Que no obstante ser efectiva la parte de la sentencia aportada por el Ministerio Público, hay otros antecedentes que hacen improcedente acoger la agravante alegada, ya que si bien en juicios diferentes Cuneo y García actuaron de una forma perfectamente establecida, tal situación llevaría a aplicar en uno y otros casos el doble de pena para el mismo hecho, siendo la única razón la diferencia del tiempo en el juzgamiento, sin existir ningún otro criterio diferenciador de fondo, lo que implica un atentado al artículo 19 N° 2 y 3 de la Constitución, ya que no hay discrepancias objetivas y ello es contrario a la justicia que debe imperar. En la especie el artículo 360 del Código Procesal Penal, acoge el fundamento indicado de reformatio in melius. En consecuencia se habrá de rechazar la petición del Ministerio Público de agravar la sanción de García Meneses. En mérito de las anteriores consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1º, 7, 14, 15 N°1, 16, 24, 25, 28, 50, 68, 69, 432, 436 N°1 del Código Penal, 1, 45, 47, 295, 296, 297, 325 a 338, 340, 341, 342, 344, 351 y 468 del Código Procesal Penal se condena al acusado Christopher William García Meneses, ya individualizado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito consumado de robo con intimidación en perjuicio de Danae Tapia Marín, perpetrado en esta ciudad de Valparaíso el día seis de abril de 2009. Asimismo se le condena al pago de las costas de la causa. Considerando la extensión de la pena impuesta y lo preceptuado en la Ley 18.216, deberá cumplir efectivamente dicha pena privado de libertad. Le servirá de abono el tiempo que ha permanecido privado de la misma desde el 21 de febrero último. Regístrese y comuníquese. Redactor Ministro don Gonzalo C. Morales Herrera. RUC 0700258979-0.RIT-81-2009.Rol I.C. N°529-2009.No firma el Ministro Sra. Gabriela Corti Ortiz, por encontrarse con feriado legal. Pronunciada por la Tercera Sala de la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, presidida por el Ministro señor Gonzalo Morales Herrera e integrada, además, por el Ministro señor Manuel Silva Ibáñez y por el Ministro señora Gabriela Corti Ortiz. Resolución incluida en el estado diario del día de hoy y comunicada con esta fecha vía email.

ANEXO 5: SENTENCIA EXCMA. CORTE SUPREMA, ROL 3003-10.

Santiago, a doce de julio de dos mil diez. VISTOS: En estos autos rol único 0500643407-1 e interno del tribunal 365 – 2009, se registra la resolución emitida en procedimiento ordinario por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Valparaíso, el nueve de abril de dos mil diez, que en lo decisivo absolvió a Luis Antonio Fernández Sarmiento, Max Leonidas Bastidas Pinilla y Fernando Demetrio Avendaño Schlick de las acusaciones fiscal y particular que los sindicaba como autores de fraude al Fisco y estafa, presuntamente cometidos en las ciudades de Quillota y Viña del Mar, en noviembre y diciembre de dos mil cinco, sin costas. Por su sección civil, denegó la acción del Fisco de Chile en contra de los mismos encausados, sin costas en contra de esa decisión, Enrique Vicente Molina, Abogado Procurador Fiscal de Valparaíso del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco, dedujo un recurso de nulidad asilado en los literales del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, y del artículo 374, letra e), del mismo cuerpo legal, las que se invocan en forma conjunta. Enseguida los letrados Jorge Abott Charme, Fiscal Regional del Ministerio Público, Quinta Región, y Lionel González, Fiscal Adjunto de Viña del Mar, formalizaron un recurso de nulidad sustentado en la letra a) del artículo 373, del Estatuto procedimental criminal y, de manera subsidiaria, en la letra e) del artículo 374 de la misma compilación procesal penal. Este tribunal estimó admisibles los recursos y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece de fojas 390. La audiencia pública se verificó el veintidós de junio último, con la concurrencia y alegatos de los abogados Hernán Fernández, por el Ministerio Público, Luis Díaz, por el Consejo de Defensa del Estado, Pamela Pereira, por el imputado Max Bastidas Pinilla y el defensor Felipe Caballero Brun, en representación de los enjuiciados Luis Antonio Fernández Sarmiento y Fernando Avendaño Schlick. Luego de la vista del recurso, se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 400 de este cuaderno. CONSIDERANDO: PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto

en el libelo de fojas 287 a 369 de estos antecedentes, en su segmento inicial, se afina en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, concreta el defecto en la inobservancia a los artículos 5° y 19, Nros. 3°, inciso quinto y 26°, de la Constitución Política de la República y 295, 296 y 335 del estatuto procedimental criminal. Como cuestión previa, explica que la Intendencia Regional de Valparaíso, representada por el Intendente de la época, Luis Guastavino Córdova, celebró un Convenio de Colaboración con Hugo Meza Zúñiga, con el objeto que se desempeñara entre el uno de noviembre y el treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, como ejecutor de dos proyectos contemplados en el marco de lo que se denominó "Programa de Generación de Empleo" (PGE). El contratista Meza Zúñiga dispuso la realización de los proyectos "Mantenimiento de plazas y espacio públicos Provincias de Quillota – Petorca – San Felipe", por un monto de veintitrés millones seiscientos setenta mil pesos (\$23.670.000.-), y "Limpieza de calles y aseo de espacios públicos en diferentes sectores altos de Viña del Mar", por quince millones setecientos ochenta mil pesos (\$15.780.000.-), sumas pagadas y recibidas por Meza Zúñiga mediante un cheque emitido por la aludida Intendencia por treinta y nueve millones cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$39.450.000.-). Indica que esos dineros se traspasaron del gobierno central a la Intendencia por decretos supremos del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, con cargo a una partida de la Ley de Presupuestos del Sector Público para el año dos mil cinco. Añade que en estos planes le cupo intervenir, en razón de sus cargos, a José Manuel Mancilla López, entonces Secretario Regional Ministerial del Trabajo y Previsión Social de la V Región y a Jaime Quiroz Moscoso, a la sazón funcionario del Departamento de Municipalidades del Gobierno Regional-Valparaíso, quienes ejecutaron acciones dolosas defraudatorias. Asevera que, de este modo, fraudulentamente, se obtuvieron recursos que fueron asignados a Meza Zúñiga, con quien existía concierto previo, al igual que con Giuseppe Malatesta Valladares, antiguo ejecutor de estos programas. Facilitaron los medios para la selección, contratación y pago de los supuestos beneficiarios que no reunían las condiciones exigidas por las obras, o que derechamente no trabajarían en ellas o que ejecutarían una labor ajena a los fines contemplados en el mismo, por ejemplo, el favorecimiento directo o indirecto de campañas electorales del Diputado señor Rodrigo González Torres, en Viña del Mar, y otros a la candidatura a diputado del señor Marco Enríquez-Ominami, en Quillota. Agrega que en Viña del Mar, Fernando Demetrio Avendaño Schlick, secretario remunerado del diputado González, y Max Leonidas Bastidas Pinilla, jefe de campaña para las elecciones parlamentarias de dos mil cinco del mismo congresal y entonces concejal de la Municipalidad de Viña del Mar, procedieron a recabar de dirigentes vecinales de la comuna viñamarina nóminas de personas que se verían "beneficiadas" con las faenas. De esta manera Avendaño y Bastidas intervinieron en la selección, contratación y pago y/o facilitaron los medios para la selección, contratación y pago de los supuestos favorecidos que no reunían las condiciones personales exigidas por el programa, o, como se dijo, derechamente no trabajaron en el proyecto o lo hicieron en algo distinto o ajeno a él, por ejemplo, el favorecimiento, en Viña del Mar, de la campaña electoral del entonces candidato González Torres. En Quillota, en las labores de suscripción de los contratos de trabajo y pago a los supuestos beneficiarios del proyecto intervino Luis Fernández Sarmiento, concertado con Meza Zúñiga y Malatesta Valladares, quien personalmente llevó la lista de aquellos a la Intendencia, se encargó de proponer a los sujetos que ejecutarían el trabajo y, a lo menos, facilitó los medios para la celebración de los convenios y posterior pago; incluso llegó a insertarse y recibió dinero como un favorecido más, al igual que su cónyuge, sin realizar labor alguna. Finalmente, señala que en la comuna de San Felipe, actuación similar a la de Avendaño y Bastidas en Viña del Mar y a la de Fernández en Quillota, les cupo a Edgardo Lepe Acevedo y Ricardo León Romero. Precisa que por estos hechos el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado acusaron a José Manuel Mancilla López, Giuseppe Malatesta Valladares, Luis Fernández Sarmiento, Jaime Quiroz Moscoso, Hugo López Meza, Ricardo León Romero, Edgardo Lepe Acevedo, Max Bastidas Pinilla, y Fernando Avendaño Schlick. Relata que seis de ellos aceptaron un procedimiento abreviado, siendo condenados el veinticinco de septiembre de dos mil nueve, Mancilla y Quiroz como autores del delito consumado de fraude al Fisco, previsto en el artículo 239 del Código Penal, y Meza Zúñiga, Malatesta Valladares, León Romero y Lepe Acevedo, por su responsabilidad de autores del injusto consumado de estafa del artículo 468 del mismo compendio legal. De este modo, los imputados Fernández, Bastidas y Avendaño decidieron ser juzgados en procedimiento ordinario. Acorde a tales sucesos el recurrente aduce como garantía conculcada de manera sustancial la del artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental, es decir, el debido proceso, a lo que adiciona el artículo 5° de la misma disposición superior en tanto amplía la concepción de este derecho, y el artículo 19, N° 26°, de esa compilación. Refiere que este derecho se vulneró al impedir la presentación de prueba para acreditar la pretensión del ente persecutor que coincide con la del querellante, violentando el principio de la libertad probatoria consagrado en los artículos 295 y 296 del Código Procesal Penal, en cuya virtud se permite comprobar los hechos por cualquier medio de convicción, producido e incorporado en conformidad a la ley, en la audiencia de juicio respectiva, dogma que cobra realce cuando se trata de prueba nueva, como lo autoriza el artículo 335 de la aludida recopilación de leyes. En lo concreto, indica que en el desarrollo de las audiencias de prueba del juicio, entre el ocho y treinta de marzo pasado, el Ministerio Público, con la adhesión del Consejo de Defensa de Estado, pidió al tribunal oral que se permitiera incorporar como prueba nueva la sentencia ejecutoriada de veinticinco de septiembre de dos mil cinco, dictada en el procedimiento abreviado en que se condenó a seis de los nueve encartados. Al efecto, expresó que tanto la acusación del Ministerio Público como la del Consejo de Defensa del Estado fueron formuladas en época muy anterior a septiembre de dos mil nueve y, evidentemente, no pudo ofrecerse como prueba instrumental o documental en los respectivos libelos de acusación, conforme se establece en los artículos 259, letra f), y 261, letra c), del Código Procesal Penal, porque a esa data no existía. En la secuela del litigio, en decisión dividida, se denegó su incorporación por no consentirlo el artículo 335 del Estatuto de Instrucción Criminal, pues se quebranta el principio de inmediación y se incorporan una serie de antecedentes que el tribunal oral desconoce, toda vez que en concepto de los jueces del grado el mentado canon prohibiría la introducción de una resolución emitida en el procedimiento abreviado, interpretación que el compareciente califica de errada y atentatoria de la garantía del debido proceso, dado que únicamente impide invocar, dar lectura o agregar como medio de prueba al juicio oral, algún elemento que diga relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un juicio abreviado, pero no excluye la admisión de una sentencia ejecutoriada extendida en un proceso abreviado, tanto por su tenor literal, como por la naturaleza y fundamento de la norma. Asegura que esta Corte Suprema ya ha establecido que la limitación estipulada atañe únicamente a la persona del imputado, de manera que la agregación del pronunciamiento que sancionó a otros inculcados por los mismos hechos, no configura inobservancia a las garantías

reconocidas en la Carta Magna. Enseguida relata que su parte formuló otra petición cuya resolución implicó una nueva transgresión al debido proceso, esto es, se solicitó la recepción como prueba de la declaración de tres de los seis condenados en el procedimiento abreviado aludido, lo que tampoco fue acogido por el tribunal oral, argumentando que dicho requerimiento constituye una sorpresa para los defensores que jamás contaron con que tres inculcados en los mismos hechos -Malatesta, Meza y Mancilla-, podían ser llevados como testigos al juicio. Además, refieren que la decisión de los convictos que optaron por un juicio oral se fundó precisamente en la prueba que el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado ofrecieron para acreditar los cargos que se les reprochan y sería improcedente, por último, porque resulta atentatorio a la igualdad de armas. Respecto de este dictamen, refiere que uno de los jueces concurre al rechazo del planteamiento fundado en el artículo 7° del Código Procesal Penal, con arreglo al cual el encausado mantiene la calidad de tal hasta la completa ejecución del veredicto, de acuerdo a lo cual jamás podría ser llevado a juicio como testigo, salvo que lo hiciera voluntariamente. Sostiene que la contravención revelada influyó en lo dispositivo de lo resuelto, puesto que basta observar su basamento SEXTO, relativo al establecimiento de los hechos, donde concluye estar en presencia de un ilícito penal de estafa del artículo 473 del Código punitivo, atribuido a un tercero, en cuya contra no se trató el juicio oral que pretende invalidarse, y si bien no puede asegurarse que el edicto hubiese sido condenatorio, al menos el órgano jurisdiccional habría contado con todos los elementos necesarios para resolver, como lo impone el debido proceso. Reclama que se le impidió acreditar elementos vinculantes al tipo penal, a la participación de los enjuiciados, a la relación dolosa existente con los condenados en el procedimiento abreviado y los elementos propios del grado de participación atribuida y la solución de las relaciones de los intraneus y extraneus. El juez disidente, en cambio, concluyó que procedía dictar condena en contra de los tres acusados, dando por establecidos los hechos constitutivos del delito de estafa al Fisco, del artículo 468 del Código Penal, y la participación de ellos como autores del artículo 15, N° 3°, del mismo estatuto, en la medida que actuaron concertados para la ejecución de los hechos con los condenados en el procedimiento abreviado, José Mancilla, Jaime Quiroz, Hugo Meza y Giuseppe Malatesta, facilitando los medios con que los injustos fueron llevados a cabo por los partícipes directos recién referidos. Este voto de minoría, al no poder contar con la sentencia del juicio abreviado, fundó su determinación en que ello es un hecho público y notorio en la región, o sea, sucesos que para él no requieren ser probados. SEGUNDO: Que, asimismo y de manera conjunta, asilado en el literal del artículo 374, letra e), en concordancia con los artículos 342, letra c), y 297, del Código Procesal Penal, reclama que el laudo valora los medios de convicción, apartándose de los principios de la lógica, del conocimiento científicamente afianzado y de la experiencia, lo que se observa al fijar los hechos, al decidir la falta de participación de los encartados, desecha la demanda civil y descartar pruebas. En síntesis, el fallo citado determina que la imputación criminal no se acreditó, pues echa de menos la intervención de los inculcados en la selección de los beneficiarios, aún a sabiendas que los mismos no reunían las aptitudes necesarias para los fines previstos, desconoce la participación directa o indirecta de los inculcados en las actividades de pagos, a sabiendas que los favorecidos no cumplían con las condiciones para tener dicha calidad y, por último, su intervención en los procesos de pago, en conocimiento que aquellos beneficiarios no habían trabajado o lo habían hecho en funciones y para fines ajenos a los proyectos. Para fundamentar estos asertos, el recurrente precisa que la prueba del yerro delatado viene dada por el voto de minoría, que razona, valora y concluye en armonía y respeto a los principios citados precedentemente, que los sucesos materia de la acusación si se encuentran suficientemente comprobados para cuyos efectos el compareciente transcribe las apreciaciones del disidente vertidas en el dictamen y las conclusiones a que arribó respecto de la acreditación de los hechos de la acusación en lo concerniente a la simulación o engaño, el error, la disposición patrimonial de recursos fiscales, el perjuicio causado, la relación de causalidad entre los diversos elementos del delito y de la intervención de los acusados Fernández Sarmiento, Avendaño Schlick y Bastidas Pinilla, en los sucesos materia de las pesquisas, para luego, a partir de esa reproducción, afirmar que es evidente el vicio absoluto de nulidad alegado y la influencia en lo dispositivo del fallo. Con tales argumentos, en la conclusión, solicita se declare la nulidad del juicio oral y la sentencia definitiva dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso que resolvió absolver a los imputados Avendaño Schlick, Bastidas Pinilla y Fernández Sarmientos de los cargos librados en su contra por los hechos materia de la causa y que configuran en concepto del ente persecutor y del querellante institucional el delito descrito en el artículo 468 del Código Penal, sancionado en el artículo 467, del mismo ordenamiento, en grado de consumado, cometido por los inculcados, en calidad de autores, ordena la remisión de los antecedentes al tribunal competente, no inhabilitado, con indicación del estado en que deberá quedar el procedimiento para la realización de un nuevo juicio oral y emitirse nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. TERCERO: Que, a su turno, los representantes del Ministerio Público, han entablado un recurso de nulidad apoyado en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en conexión con el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Constitución Política de la República, de manera principal y, en subsidio, descansa en el artículo 374, letra e), en armonía con los artículos 342, letra c), y 297 del referido texto procedimental criminal. La inobservancia que denuncia se genera durante el juicio oral y mientras se rendía la prueba de cargo, ocasión en que, con arreglo al artículo 336 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público formuló un incidente de prueba nueva y solicitó al tribunal que permitiera la incorporación del fallo emitido contra otros seis imputados que participaron en el injusto indagado, condenados ya en procedimiento abreviado, dictada el veinticinco de septiembre de dos mil nueve, esto es, con posterioridad a la acusación que se decide, ahora, en juicio oral, quedó así satisfecho el requisito de ulterior conocimiento que exige la regla sobre las probanzas nuevas. Desestimada la petición de incorporar la sentencia, se formuló otro incidente, esta vez, para recibir la declaración de los convictos Mancilla, Meza y Malatesta, todos castigados por resolución firme posterior a la acusación, requerimiento que también fue desechado. Refieren que la cuestión planteada en el litigio se encuentra reglamentada en el inciso primero del artículo 336 del Código Procesal Penal, en tanto se trata de una admisión de prueba nueva, cuyos requisitos se describen en la misma disposición, a saber, que se justifique no haber sabido de su existencia sino hasta el momento en que se propone. Este aspecto, sin embargo, no encuentra adecuada respuesta en la decisión judicial, la que discurre en cuestiones relacionadas con una supuesta inobservancia a los artículos 334 y 335 del Código y el derecho a defensa, reglas respecto de las cuales, además, se excede su efectivo y correcto entendimiento. El error delatado provoca que la decisión no acate las exigencias de justicia y racionalidad que motiva el reclamo, porque impide la incorporación de antecedentes probatorios en razón de un hipotético e inexistente atropello al derecho de defensa. Recuerdan que la agregación de prueba consistente en sentencias dictadas en el marco de un juicio abreviado, no representa ni encierra infracción constitucional alguna, fundamentalmente porque el artículo 335 no

alcanza a la decisión extendida en dicho proceso, y porque quienes resultaron condenados no son los acusados en el juicio para el que se solicita su incorporación. Por lo demás, afirman que tampoco viola el artículo aludido al autorizar la introducción de la sentencia emitida en un procedimiento abreviado, ya que ella no constituye actuación o diligencia realizada por la policía o el Ministerio Público. En lo que concierne a la resolución que deniega recibir el testimonio de los condenados por sentencia firme, en razón de suponer una contravención a la prerrogativa a defensa, dado que los encartados no habrían previsto, al optar por el juicio oral, que semejante medio se esgrimiría más tarde en su contra, plantean lo equívoco de tal razonamiento pues, amén de extremar desmedidamente el derecho a defensa, es absolutamente erróneo, por cuanto implicaría conferir inmunidad a los imputados respecto de medios probatorios que la ley no prohíbe, amaga con ello el principio de libertad de prueba, contenido en el artículo 295 del Código Procesal Penal. Además, aclaran que la recepción del medio propuesto quedaría sometida por completo a las reglas que regulan el contradictorio en el juicio oral, instancia que ofrece suficientes salvaguardias de igualdad y resguardo de los derechos de los procesados. Arguyen que ninguna relevancia tiene para estos efectos que el sentenciado conserve dicha condición hasta la completa ejecución del fallo, como argumentó uno de los jueces, ya que lo trascendente es que no podrá volver a enjuiciárselo por los mismos hechos sobre los que declara. En consecuencia, aseveran que al impedir a su parte la incorporación de la indicada prueba, no en razón de incumplir la regla que lo gobierna sino en base a una fundamentación alejada del correcto sentido y alcance de las disposiciones que invoca, priva a la decisión de las características de racionalidad y justicia que exige la Constitución Política de la República, lo que amerita la invalidación del juicio y de la sentencia. CUARTO: Que el mismo interviniente, de manera subsidiaria, instaura recurso de nulidad asentado en el artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, en consonancia con los artículos 342, letra c) y 297, del mismo compendio normativo. A modo ilustrativo, narran que todos los sentenciadores, incluso los de mayoría, concluyeron que en el caso sometido a su decisión existió un injusto de fraude que perjudicó al Estado, argumenta que es autor de ese ilícito el contratista Hugo Meza Zúñiga, contra quien no se sigue este pleito y dan por sentado que no tuvo intervención en la selección de los trabajadores del programa de generación de empleo o en la supervisión de sus labores, pese a lo cual infieren su participación en un delito que califican como fraude. Entonces, expresan que idéntico razonamiento debió adoptarse respecto de los imputados Avendaño, Bastidas y Fernández, ya que éstos, a diferencia del anterior, sí asumieron roles activos en la ejecución del hecho criminoso. Afirman que el fallo se equivoca en el proceso intelectual de inferencia, método que permite arribar a decisiones correctas en la medida que extraiga conclusiones armónicas de las premisas que componen el silogismo judicial. Asimismo, violenta las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, pues el recuento de los hechos deja al descubierto que el edicto transgredió el límite de la libre valoración de la prueba del artículo 297 de la recopilación adjetiva penal e incurrió en el motivo absoluto que se invoca. Exponen que el laudo no logra explicar cómo puede dar por comprobada la participación del contratista y no la de los inculpados Avendaño y Bastidas, sin conculcar las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. En efecto, si se atribuye eficacia causal a la conducta de Meza -el contratista- en la producción del resultado defraudatorio, un imperativo lógico forzaba llegar al mismo corolario respecto de los agentes Fernández, Avendaño y Bastidas, ya que su contribución a la obra delictual es igual y hasta ostensiblemente mayor que la de aquél. De este modo indican que se vulneran las normas de la lógica si se admite que Meza es autor, pese a estar ausente en roles como la selección, pago y suministro de medios para perpetrar el delito, mientras que Avendaño, Bastidas y Fernández resultan inocentes por falta de participación, a pesar que tomaron parte activa en dichas conductas. En el mismo sentido, acotan que hay violación a las máximas de la experiencia al suponer que este injusto es de aquellos susceptibles de cometerse sólo por una persona calificada y no advertir que es completamente irregular que sea el secretario de un parlamentario en campaña y no el contratista a cargo del proyecto, quien se ocupe de seleccionar a los sujetos adscritos al mismo, que les facilite las dependencias para el pago, que intervenga en él, les asigne funciones ajenas al programa y, finalmente, los exima del trabajo. Pugna con los principios de la experiencia que el secretario del parlamentario y su jefe de campaña, los que se encargaron de seleccionar a los trabajadores del plan, puedan haber ignorado que entre aquellos se encontraban activistas políticos. Por lo que toca al enjuiciado Fernández Sarmiento, recalcan que son hechos de la causa que éste hizo entrega a Mancilla del listado de trabajadores de la comuna de Quillota, nómina en que figuraba el propio Fernández Sarmiento y su cónyuge. El mismo fue designado por Meza como capataz, sin tener indicación de faenas ni suministro de herramientas, consiguió un lugar para hacer los pagos y sostuvo en juicio que había veces que se remuneraba a los contratados aunque no laboraran, percibían, para sí, un pago por cincuenta y cuatro mil quinientos pesos (\$54.500.-) sin realizar actividad alguna. En conclusión, advierten que si las mismas sentenciadoras razonan que Hugo Meza hizo aparecer como trabajadores a quienes no tenían tal calidad -reflexión NOVENA-, por lo que se le considera autor de simulación punible, con mayor razón habría de tenerse el mismo predicamento respecto a Fernández Sarmiento, que seleccionó a los beneficiados y se incluyó entre los mismos, recibió una remuneración y, al igual que ellos, no realizó labor alguna, simulando un rol de supuesto capataz. Pugna con las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica que el condenado Edgardo Lepe, jefe de campaña del entonces candidato Enríquez-Ominami, acepte los hechos de la acusación y con ello su colusión con Luis Fernández Sarmiento, y el dictamen censurado determine que este último no tiene participación, ya que de haberse aplicado correctamente el proceso de inferencia, se habría concluido que los roles asumidos por los encausados se inscriben en un complejo defraudatorio, donde por cierto interviene el contratista y que en el que tomaron parte los restantes imputados de este pleito. Para terminar, instan a que por la causal principal o subsidiaria se anule el juicio oral y la sentencia definitiva, se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral. QUINTO: Que en la audiencia fijada para el conocimiento del recurso, con el fin de acreditar la motivación del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, el Ministerio Público produjo prueba documental consistente en copia de la acusación librada por el persecutor contra José Manuel Mancilla López, Jaime Quiroz Moscoso, Hugo Meza Zúñiga, Giuseppe Italo Malatesta Valladares, Luis Fernández Sarmiento, Ricardo León Romero, Edgardo Lepe Acevedo, Max Bastidas Pinilla y Fernando Avendaño Schlick; y, copia de la resolución pronunciada el veinticinco de septiembre de dos mil nueve, por el juez de garantía Juan Carlos Maggiolo, en los autos RUC 0500643407-1, RIT 9067-2006, contra los otros partícipes del delito, que lo son, José Manuel Mancilla, Jaime Quiroz Moscoso, Giuseppe Malatesta Valladares, Hugo Meza Zúñiga, Ricardo León Romero y Edgardo Lepe Acevedo. Asimismo, rindió prueba de audio que abarcó las siguientes pistas y minutos: Pista 0500643407-1-1054-100308-02-76-SDO-S1-P76 Incidente Pba.mp3. Minutos 6.53 a 8.30, Pista 0500643407-

1-1054-100308-02-77-SDO-S1-P7 Resolución Incidente.mp3. Minutos 0.25 a 2.04, Pista 0500643407-1-1054-100308-02-79-SDO-S1-P79 Incidente Pba. Nueva.mp3. Minuto 1.19 a 3.43 y Pista 0500643407-1-1054-100308-02-80-SDO-S1-P80 Resolución Tribunal.mp3. Minuto 0.43 a 3.56. SEXTO: Que, los libelos de nulidad del Consejo de Defensa del Estado y del Ministerio Público, reposan en la letra a) del artículo 373 del Estatuto Procesal del ramo, acorde a la cual se reclama inobservancia a la garantía del debido proceso, en cuyo turno es útil dejar en claro que, como ya ha tenido oportunidad de señalar este tribunal la garantía constitucional reseñada condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional desde luego a la existencia de un pronunciamiento que sea corolario de un proceso previo que, en el sentir del constituyente, esté asegurado por reglas formales que conformen un racional y justo procedimiento e investigación, cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que prevea una fase indagatoria que no se aparte de las pautas de actuación del ministerio público, de un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba pertinente en las audiencias verificadas ante el Juzgado de Garantía o ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal. Acerca de los derechos fundamentales y la legitimidad del procedimiento vertebrará el proceso entero, tal como lo pone de manifiesto la propia existencia del recurso de nulidad y la extensión de sus causales. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no configuran aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que constituyen presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier veredicto sobre el caso sometido a su consideración (SCS Rol N° 9521-09, de 12 de abril de 2010). SÉPTIMO: Que en torno a la presunta falta de legitimidad del acusador para basar su recurso en la inobservancia a la garantía del debido proceso, reclamada en estrados, conviene tener en cuenta que ni la Constitución Política de la República, ni el Código Procesal Penal, o cualquier otro texto legal, excluyen al Ministerio Público como titular de la garantía del debido proceso contemplada en la Carta Fundamental (En este sentido SCS N° 437-2005, de veintiocho de junio; N° 3.984-05, de quince de noviembre; N° 4.011-05 de veintiséis de octubre; N° 4.656-05, de treinta de noviembre, todas del año dos mil cinco y N° 3.556-07, de veintinueve de agosto de dos mil siete). El artículo 19 de la Constitución Política de la República no excluye ni hace distinción entre personas naturales y jurídicas como titulares de las garantías y derechos que protege, entre ellos la del N° 3º, inciso 5º, que ordena: " Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos", por ello no existe razón o argumento que lleve a descartar al Ministerio Público de la posibilidad de esgrimir dicha garantía como fundamento de su recurso, al encontrarse sometido a la autoridad judicial durante el desarrollo de un pleito, como cualquier interviniente. Por consiguiente, las alegaciones manifestadas por la defensa durante la vista del recurso, carecen de asidero. OCTAVO: Que, resuelto lo anterior y en lo que atañe al primero de los tópicos planteados, vale decir, la incorporación como prueba nueva de la sentencia firme y ejecutoriada pronunciada en procedimiento abreviado, de veinticinco de septiembre de dos mil nueve, en que fueron condenados otros partícipes del delito de autos, es menester recordar que en el proceso penal, el sentenciador debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio, vinculado ello al derecho de la defensa de aportar sus pruebas y, en especial, a controlar la de cargo del adversario, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus colofones. Sin embargo, esas prerrogativas se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del inculcado frente a las del acusador, máxime que también integra la garantía de la defensa y que se denomina "igualdad de posiciones" (Julio Maier, Derecho Procesal Penal, tomo I. Fundamentos, págs. 577 y ss.). La doctrina nacional y extranjera concuerdan en que el catálogo de garantías mínimas para que exista "un proceso racional y justo" comprende las que siempre exista un procedimiento que ostente la existencia de un contradictor y que los litigantes en el juicio tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones (Diego Hauva Gröne, "El debido proceso en la reforma procesal penal: cumplimiento de algunos tratados internacionales de derechos humanos relativos al debido proceso en los principios básicos del nuevo código", Revista Procesal Penal Nro. 5, págs. 13 y ss.). NOVENO: Que, si se recurre a la historia del establecimiento del artículo 335 del Código Procesal Penal, las conclusiones generadas en el seno de la Comisión del Senado ofrecen un claro raciocinio acerca de la intención del legislador en relación al punto discutido. Es así como en la Sesión 5ª de dicha Comisión se expuso lo siguiente: "El Senado estimó razonable que no se puedan invocar los antecedentes de la negociación que haya habido entre fiscal y acusado, pero estimó necesario suprimir la referencia al fallo, porque impediría por parte del acusado alegar la cosa juzgada y, por otro lado, acreditar la reiteración de conductas. En razón de ello eliminó la expresión fallo que seguía al término tramitación" (Senado, Diario de Sesiones del Senado, año 2000, página 667). DÉCIMO: Que el sentido del artículo 335 del Código Procesal Penal es impedir que el tribunal que debe conocer y juzgar los acontecimientos materia de la indagación tome conocimiento de las tratativas tendientes a obtener una solución anticipada respecto de una imputación a determinado hechor. Según se lee de su propio texto, no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la tramitación de un procedimiento abreviado. Tal disposición no puede sino referirse a la persona del imputado, y ello es así, pues esa vía supone para el sujeto pasivo la aceptación expresa de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, renunciando a su derecho a un juicio oral, público y contradictorio. UNDÉCIMO: Que según se desprende de la prueba rendida, la decisión del tribunal oral acerca de la incidencia promovida a fin de incorporar como prueba nueva la sentencia de juicio abreviado, de veinticinco de septiembre de dos mil nueve, pronunciada con posterioridad a la formulación de la acusación por parte del Ministerio Público, fue desestimada por el tribunal en virtud de lo dispuesto en el mentado artículo 335, pues en su concepto la proposición, la indicación de los medios de prueba que se pretenden valorar y que culmina con el dictamen, constituyen la tramitación de un procedimiento abreviado expresamente prohibido incorporar, ya que vulneraría el principio de la inmediación de la prueba, al añadirse una serie de antecedentes que el tribunal oral desconoce, a diferencia del juez de garantía correspondiente, de todo lo cual debió dejar constancia en su veredicto. DUODÉCIMO: Que la decisión del tribunal, en tanto se sustenta en la imposibilidad de aportar al juicio los antecedentes relativos a la tramitación de un procedimiento abreviado, lo que es ajustado a derecho, no se condice con el mérito del pleito, dado que, en la especie, el ofrecimiento de prueba nueva quedó acotado únicamente al texto de la sentencia, prueba documental de cargo que no se encuentra excluida por el artículo 335 tantas veces citado, por lo que, como lo sostuvieron los recurrentes, no existe fundamento legal que reprima la posibilidad de incorporar como prueba de cargo, la copia del laudo emitido en procedimiento abreviado contra otros imputados. DÉCIMO TERCERO: Que en lo concerniente a la otra vertiente del reclamo, atinente al rechazo por el tribunal oral de

admitir, también como prueba nueva, la recepción del relato de aquellos convictos que fueron condenados por sentencia firme, por los mismos hechos, en procedimiento abreviado, nada impide al Ministerio Público incluir como testigos para el juicio oral, a los encartados respecto de quienes, ante el Tribunal de Garantía, propuso y aceptaron un procedimiento abreviado, con ocasión de los mismos sucesos.

DÉCIMO CUARTO: Que, sobre este capítulo, como surge de la prueba aportada por el persecutor en la vista del recurso, el tribunal oral desestimó la pretensión en virtud del artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, desde que la petición del fiscal envuelve una sorpresa para los defensores, que jamás previeron que tres imputados por los mismos hechos podían ser testigos en el juicio oral y, adicionalmente, porque la opción de los acusados de ser juzgados en un juicio oral, se ejerció en conocimiento de la prueba de cargo que ofreció tanto el Ministerio Público como el Consejo de Defensa del Estado para probar los cargos que se les atribuyen; por lo que atenta contra la igualdad de armas procurar traer, ahora en calidad de testigos, a otros inculcados en los mismos hechos.

DÉCIMO QUINTO: Que la incorporación como testigos de otros convictos en los mismos hechos, que ya fueron condenados, no está prohibida por norma legal alguna, en otras palabras, nada impide que coimputados puedan comparecer al juicio en esa calidad. El derecho a guardar silencio y la prohibición de autoincriminación alcanza a la persona del inculcado sobre hechos propios y del que puedan arrancarse colaterales jurídicos que le sean perniciosos en relación a los acontecimientos específicos ventilados en la litis, pero nada obsta a que puedan ser llamados como testigos sobre hechos de terceros de los que, por cualquier medio, han tomado conocimiento. Su condición de enjuiciado, incluso hasta la completa ejecución de la sentencia, en nada altera lo dicho. No está demás explicar que el mismo derecho se reconoce para todos los intervinientes, pues la reglamentación acerca de la prueba nueva no sólo persigue la aportación de elementos de cargo que, por cualquier motivo, no estuvieron en conocimiento del persecutor antes de la finalización de la etapa de investigación y al momento de formular acusación, sino también de la defensa, cada vez que converjan los supuestos legales que lo tornan procedente. Cualquier duda que surja con ocasión de la eficacia de los que aporta o su validez, se resolverá a través de los propios mecanismos que al efecto ha establecido el legislador. Con los argumentos vertidos por el tribunal para desestimar la prueba nueva, consistente en el testimonio de los condenados en procedimiento abreviado, el artículo 336 resultaría ser siempre inaplicable, extremándose los alcances del derecho a defensa y la llamada igualdad de armas, porque si bien es efectivo que la prueba nueva provoca sorpresa en la parte contraria y un amago de la igualdad de armas porque es evidente que quien presenta la prueba nueva conoce el contenido de lo que se está aportando, lo que no sucede, evidentemente, con los demás intervinientes, la regla está concebida para el evento que se presente el supuesto que la hace procedente. En todo caso, la testifical que se rinda se sujeta con el mismo rigor a las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio, por lo tanto el apego al principio de contradicción no afecta al derecho de defensa, porque la posibilidad del contra examen siempre permanece vigente para la contraria.

DÉCIMO SEXTO: Que, en este entendido, a modo de conclusión, cuando el tribunal decide cercenar la prueba nueva de cargo consistente en la incorporación de la copia de la sentencia de un procedimiento abreviado, por los mismos hechos pero respecto de otros imputados, y la declaración, como testigos, de tres condenados por los acontecimientos materia de la averiguaciones que derivaron en un juicio oral, lo que hace en realidad es atentar contra la garantía constitucional del debido proceso.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en este escenario, el Ministerio Público y el querellante Institucional quedaron en una posición desventajosa, ya que se les inhibió la posibilidad de rendir prueba de cargo, en carácter de prueba nueva, experimentaron así el perjuicio requerido por la nulidad, con atropello de las normas relativas a la garantía ya aludida consagrada en el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Carta Magna.

DÉCIMO OCTAVO: Que el vicio revelado por el compareciente aparece pues revestido de la relevancia necesaria para acceder al recurso procesal intentado con asidero en la letra a) del artículo 373 del Código procesal penal, que sólo es reparable con la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia refutada, por ser ésta la única vía que permite legalmente la realización de un nuevo litigio, con respeto de las reglas del debido proceso y que resguarde debidamente las garantías a todos los contendientes.

DÉCIMO NONO: Que atento a lo anterior, los recursos presentados por el representante del Consejo de Defensa del Estado y por el Ministerio Público, en tanto develan atentados a la garantía del debido proceso, deben ser acogidos.

VIGÉSIMO: Que, sin perjuicio de lo anterior, el representante del Consejo de Defensa del Estado promovió, en forma conjunta, recurso de nulidad amparado en el artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, en conexión con los artículos 342, letra c), y 297 de esa recopilación.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que sobre este nuevo capítulo, basta decir para su improcedencia que la mera enunciación de los argumentos vertidos por uno de los sentenciadores del grado acerca de su particular apreciación sobre lo debatido, no configura la deficiencia que se delata, pues no se explica de qué manera la decisión del tribunal, se aparta de la exigencia de contener la sentencia la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren favorables o desfavorables a los encausados y la valoración de los medios de prueba que fundamentaron sus conclusiones, de conformidad a lo que prescribe el artículo 297 del Código del ramo. La causal esgrimida no puede construirse sobre la base de lo acertado del voto disidente, sino sobre lo errado de la sentencia impugnada.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en virtud de lo decidido precedentemente, el tribunal no se pronunciará sobre la motivación de nulidad subsidiariamente instaurada por el Ministerio Público, por ser innecesario, conforme lo previene el artículo 384 del Código Procesal Penal.

VIGÉSIMO TERCERO: Que la petición concreta de los recurrentes para el evento de acogerse la causal principal entablada, consiste en que se invalide el juicio y la sentencia recurrida y se ordene la realización de un nuevo pleito por tribunal no inhabilitado, determinando que el estado en que debe quedar el procedimiento sea el de fijarse nuevo día y hora para una nueva audiencia de juicio oral. Por estas consideraciones y visto, además, lo ordenado en los artículos 5°, inciso segundo, y 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República y 267, 372 y 373, letra a), del Código Procesal Penal, SE ACOGEN los recursos de nulidad formalizados por los abogados Enrique Vicente Molina, Abogado Procurador Fiscal de Valparaíso del Consejo de Defensa del Estado, en lo principal del libelo de fojas 287 a 369, y Jorge Abott Charme, Fiscal Regional del Ministerio Público, Quinta Región y Lionel González, Fiscal Adjunto de Viña del Mar, en lo pertinente del escrito de fojas 371 a 383, en contra de la sentencia de nueve de abril del año en curso, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, la que aparece transcrita de fojas 1 a 286 de este cuaderno, y se declara que se anula dicho fallo y el juicio oral que le sirve de antecedente correspondiente al proceso RUC N° 0500643407-1, RIT N° 365 - 2009, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral, ante el tribunal en lo penal competente y no inhabilitado que corresponda, el que conocerá de él hasta la dictación de sentencia definitiva, todo conforme a derecho, si procediere. Acordada con el voto en contra del



Ministro Señor Ballesteros, quien estuvo por negar lugar a los recursos de nulidad interpuestos por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, fundados en la infracción a la garantía del debido proceso, y avocarse derechamente al estudio de las causales esgrimidas de manera conjunta y subsidiaria por los recurrentes, en virtud de las siguientes consideraciones: A.- Que el principio llamado del "debido proceso" se encuentra ubicado en el capítulo tercero de la Constitución Política de la República, destinado a establecer los derechos y deberes constitucionales, y se contiene en su artículo 19 N° 3 inciso 5° al disponer que " Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos". Vale decir, la legalidad de un juzgamiento va a depender directamente de un proceso previo y de una investigación, ambos racionales y justos.- Que del estudio de las Actas de las sesiones números 100, 101 y 103 se concluye que este precepto se estableció como forma de consagrar en nuestro país esta garantía, teniendo como antecedentes determinantes, la Declaración de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de Costa Rica. De esta manera, se entiende que este concepto forma parte de la temática de los Derechos Humanos y que nació hacia el interior de la defensa de éstos en todo orden de situaciones y, en especial, en el de la legalidad del juzgamiento, por lo que la mayoría de las normas contempladas en tales convenciones se refieren a la actividad jurisdiccional, especialmente en el plano de aquella referida a la que regula el proceso penal. En efecto, el carácter tutelar del proceso no sólo asegura a la persona a quien se le desconoce un derecho que le sea reconocido, sino que, además, y para lo que nos interesa, si el Estado o un particular pretenden que se ejerza la potestad punitiva cuando se le imputa la comisión de un delito, asegura que la pena sea impuesta al imputado a través de un proceso que reúna las mínimas condiciones que autoricen al Estado para castigar.- Que, por otra parte, el Ministerio Público se encarga, por orden constitucional, de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, y de los que acrediten tanto la participación punible como la inocencia del imputado. Debe proteger a la víctima, pero también es interviniendo en el proceso penal desde el momento en que tomando conocimiento de un hecho que pueda constituir un delito, de oficio, tiene que ejercer la acción penal como herramienta de la persecución del imputado que da origen al proceso penal.- Que así planteadas las cosas, no se entiende como podría haberse incurrido en violación del debido proceso como garantía del Ministerio Público. Si bien es cierto que la Constitución asegura a todas las personas, incluso las públicas, la garantía de que la sentencia dictada esté fundada en un proceso previo legalmente tramitado, seguido conforme a un procedimiento e investigación racionales y justos, no es menos verdadero que en materia de persecución penal la Constitución ha querido conceder esta garantía a quien es perseguido por el Estado y no a su órgano persecutorio, máxime cuando este tiene una organización constitucional propia donde no se le concede. En efecto, valerse de un principio que defiende al hombre perseguido penalmente y que le asegura la protección y la igualdad frente a la actividad todopoderosa del Estado que ejerce la potestad de castigar, para invalidar un fallo absolutorio, porque quien persigue tenga derecho a que le aplique el principio del debido proceso, parece dudoso. Anular tal decisión con el objeto de aplicar una pena en virtud de otorgarle al Ministerio Público una garantía constitucional que no posee, no es posible. E.- Similar objeción merece la intervención del Consejo de Defensa del Estado, que actúa, como corresponde, en representación del Fisco de Chile, que no es otra cosa que el Estado en cuanto sujeto de derechos patrimoniales y encargado de resguardar a los ciudadanos haciendo efectiva las garantías y derechos constitucionales, entre ellas, la que en este recurso reclama que le afecta. Regístrese y devuélvase con su agregado. Redacción del Ministro Sr. Rodríguez; y de la disidencia, su autor. Rol N° 3003-10. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

ANEXO 6: INSTRUCTIVO N° 31 DE LA FISCALÍA NACIONAL, DE FECHA 12 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2000: "IV. DECLARACIONES DEL IMPUTADO Y DE TESTIGOS ANTE LA

POLICÍA. Fuente legal. Art. 91 C.P.P.: "Declaraciones del imputado ante la policía. La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto. Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia": 1.- Durante la investigación el fiscal podrá, en vez de citar al imputado a la fiscalía, encomendar a funcionarios policiales que le tomen declaración. Tal encargo se hará, señalándose especialmente que los funcionarios han sido autorizados a tomar la declaración voluntaria del imputado bajo la responsabilidad del fiscal. Para cumplir el encargo los funcionarios respectivos se comunicarán previamente - telefónicamente, por escrito o por otro medio que no implique apersonarse sin previo aviso al lugar en que se encuentre el imputado, en día y hora hábil, y si éste está dispuesto a declarar ante ellos concertarán una entrevista con ese fin, de cuya realización se dará aviso previo también al abogado defensor, si lo hubiere. Al imputado se le exhibirá el encargo del fiscal y se le informará que tiene derecho a no declarar ante la policía, y, en todo caso, a no declarar bajo juramento. También se le informará que en la entrevista a que acceda puede y, en principio, debe estar presente su abogado defensor. De la realización de esta advertencia deberá quedar constancia por escrito. Si no fuera posible la presencia del abogado defensor en la entrevista y el imputado de todas maneras estuviere dispuesto a prestar declaración ante la policía y no ante el fiscal, harán constar por escrito su anuencia, sin perjuicio del deber del fiscal de cerciorarse de las condiciones en que el imputado consiente en declarar y presta su declaración. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia. La declaración deberá ser leída y firmada por el imputado. De la declaración podrá darse copia al imputado, si éste lo solicitare; 2 El mismo procedimiento procederá cuando se trate de imputado privado de libertad en un recinto penitenciario. En ese caso, el encargo del fiscal deberá ser previamente exhibido a los responsables del recinto y la entrevista se sujetará a las condiciones administrativas de la unidad penitenciaria; 3.- Tratándose de persona privada de libertad que aún no ha sido llevado a presencia judicial, los funcionarios policiales sólo podrán interrogarla en orden a establecer su identidad. Cualquier otro tipo de pregunta deberá serle dirigida en presencia de su abogado

defensor. Se le informará que tiene derecho a no declarar ante la policía, y, en todo caso, a no declarar bajo juramento. También se le informará que si accede declarar puede y, en principio, debe estar presente su abogado defensor y que si esto no es posible y de todos modos quiere declarar puede hacerlo ante el fiscal. De la práctica de esta advertencia deberá quedar constancia escrita firmada por la persona privada de libertad. Si la persona manifiesta su deseo de declarar aun sin presencia de su abogado, se informará especialmente esta circunstancia al fiscal cuando se le informe de la detención, para que se constituya en el recinto policial y la interroge. Si esto no fuera posible, el fiscal podrá autorizar a los funcionarios a cargo para que consignen las declaraciones que la persona se allane a prestar. Es deber especial del fiscal en todo caso cerciorarse previamente de las condiciones en que la persona consiente en declarar y presta su declaración. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento al interrogatorio. La declaración deberá ser leída y firmada por la persona. De la declaración se le dará copia a la persona detenida, si ésta lo solicitare; 4.-Si se trata de la primera declaración prestada sobre los hechos imputados, se le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye. Se le dejará declarar todo lo que estime conveniente. En el registro que se practique de la declaración se hará constar, en su caso, la negativa de la persona a responder una o más preguntas; 5.- Queda absolutamente prohibido todo método de interrogación que menoscabe o coarte la libertad de la persona para declarar. En consecuencia, ésta no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Se prohíbe también, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos de la persona, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño o la administración de psicofármacos y la hipnosis. Estos y otros métodos similares no podrán emplearse ni aun en el evento que la persona consienta en su utilización; 6.-El interrogatorio no podrá prolongarse excesivamente. Se hará constar el tiempo que dure. Fuente: <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2031.doc>, página visitada el 7 de diciembre de 2010.

ANEXO 7: PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116. CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL ART. 116° TUO LOPJ ASUNTO: REQUISITOS DE LA SINDICACIÓN DE COACUSADO, TESTIGO O AGRAVIADO.

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.- Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente: ACUERDO PLENARIO I. ANTECEDENTES. 1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. Para estos efectos –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas- con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes. 3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan el valor de las sindicaciones de coimputados, testigos y agraviados, a los efectos de tener por enervada la presunción de inocencia de los imputados que son señalados como autores del delito y justificar la declaración de judicial de culpabilidad. 4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante. 5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los Señores San Martín Castro y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno. II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. 6. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2°, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por los jueces con criterio de conciencia. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia –determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente. 7. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba –de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado-, sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados –en los que por la posición especial de dichos

sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible-, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto. 8. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aún cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho descalificación procedimental-, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad -no de mera legalidad-, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio. 9. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes: a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad. b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador. c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada. 10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testas unas testas nulas, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes: a) Ausencia de incredulidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior. 11. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto. III. DECISIÓN. 12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad; ACORDÓ : 13. ESTABLECER como reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados –testigos víctimas- las que se describen en los párrafos 9° y 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con las prevenciones señaladas en el párrafo 11°, constituyen precedentes vinculantes. 14. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 15. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.- 55. SIVINA HURTADO, GONZÁLES CAMPOS, SAN MARTÍN CASTRO, PALACIOS VILLAR, LECAROS CORNEJO, BALCAZAR ZELADA, MOLINA ORDÓÑEZ, BARRIENTOS PEÑA, VEGA, PRINCIPE TRUJILLO.

ANEXO 8: Sentencia C-537/06. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Ausencia de cargo. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL-Aplicación de normas del sistema penal acusatorio a casos gobernados por el Código de Procedimiento Penal del 2000/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Aplicación del principio de favorabilidad. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargo debe cumplir requisito de claridad. COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Concepto. COSA JUZGADA ABSOLUTA-Concepto. COSA JUZGADA RELATIVA IMPLICITA-Concepto. COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración/ACUSADO Y COACUSADO COMO TESTIGO-Comparecencia bajo la gravedad del juramento.

La Corte debe analizar si, en relación la expresión “comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento” del artículo 394 de la Ley 906 de 2004” ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, teniendo en cuenta lo decidido en sentencia C-782 de 2005. Sobre el particular, conforme lo dispone el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, institución que como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional se configura cuando existe una decisión anterior del juez constitucional en relación con la misma norma que nuevamente es objeto de demanda. En tal sentido, la Corte en sentencia C-782 de 2005 examinó la constitucionalidad de las expresiones “como testigo” y “comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento” del artículo 394 de la Ley 906 de 2004. En el contenido de la parte resolutive del fallo, como se advierte, no se limitaron los efectos de la decisión al cargo analizado. A lo largo del texto de la

sentencia, a su vez, fueron confrontadas in extenso las expresiones legales acusadas con los derechos fundamentales al debido proceso penal y al derecho a la no autoincriminación, analizando detenidamente las figuras del acusado y del testigo en el nuevo sistema acusatorio. En la presente oportunidad, igualmente, el demandante argumenta que los mismos contenidos normativos vulneran el artículo 29 Superior, en concordancia con algunas disposiciones de tratados internacionales sobre derechos humanos. En este orden de ideas, la Corte declarará estarse a lo resuelto en sentencia C-782 de 2005 en relación con la expresión "comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento", del artículo 394 de la Ley 906 de 2004. DERECHO A PRESENTAR Y CONTROVERTIR PRUEBAS-Alcance. ACUSADO-Derecho a contrainterrogar a quien lo acusa. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Derecho del acusado a interrogar directamente a los testigos de cargo. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS- Derecho del acusado a interrogar directamente a los testigos de cargo. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS- Derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. INDAGATORIA-Contenido y fines. AMPLIACION DE INDAGATORIA-Alcance. INDAGADO Y TESTIGO-Diferencias. Al respecto, la Corte encuentra que existen numerosas diferencias ontológicas entre las figuras del indagado y el testigo. Así, el indagado es (i) sujeto de la acción penal; (ii) sobre él recae la investigación penal; (iii) es titular de los derechos a guardar silencio, no pudiendo ser apreciado tal comportamiento como un indicio en su contra, y a no autoincriminarse, y por ende, la declaración que rinde es voluntaria, libre de todo apremio; (iv) constitucionalmente no está obligado a declarar contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (v) durante la indagatoria debe estar asistido por su defensor de confianza o de oficio, quienes no podrán interrogarlo; y (vi) le asiste el derecho a solicitar la ampliación de su indagatoria. Por el contrario, el testigo (i) no es sujeto de la acción penal; (ii) está obligado a declarar bajo juramento, no pudiendo ser obligado a hacerlo contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (iii) de llegar a faltar a la verdad o la calle total o parcialmente, puede ser sancionado penalmente por el delito de falso testimonio; y (iv) todos los sujetos procesales pueden interrogarlo. DILIGENCIA DE INDAGATORIA-Persona que durante su indagatoria acusó a otra, podrá ser posteriormente interrogada en calidad de testigo por el coimputado/SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-No aplicación/UNIDAD NORMATIVA-No integración. La Corte considera que una interpretación sistemática de los artículos 226 y 337 de la Ley 600 de 2000, en armonía con los artículos 29 Superior, 8.2 de la CADH y 14.2 del PIDCP, indica que la persona que durante su indagatoria acusó a otra, podrá ser posteriormente interrogada en calidad de testigo por el coimputado, diligencia durante la cual, por supuesto, el testigo estará amparado por lo establecido en el artículo 33 Superior. De tal suerte que la disposición acusada no vulnera la Constitución si es entendida armónicamente con otras disposiciones legales, constitucionales e internacionales, motivo por el cual no será necesario recurrir en este caso a una sentencia de constitucionalidad condicionada, por cuanto realmente la expresión legal acusada no admite diversas interpretaciones, unas conformes con la Constitución y otras no, sino que debe ser comprendida, como se señaló, en concordancia con otras disposiciones de diferentes rangos; tampoco era preciso, en consecuencia, como lo solicitó la Fiscalía, integrar la unidad normativa con el artículo 342 de la Ley 600 de 2000. Referencia: expediente D-6007. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 337 de la Ley 600 (parcial) y 394 de la Ley 906 de 2004. Demandante: Jesús Nelson Enrique Prieto Guerrero. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil seis (2006). La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA. En relación con la demanda de inconstitucionalidad que, en uso de su derecho político, presentó el ciudadano Jesús Nelson Enrique Prieto Guerrero contra las expresiones "pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", del artículo 337 de la Ley 600 de 2000, y "comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento", del artículo 394 de la Ley 906 de 2004. I. TEXTO DE LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS. A continuación se transcriben la integridad de las normas acusadas de la Ley 600 de 2000 y 906 de 2004, subrayando los apartes demandados: Ley 600 de 2000. "Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". "Artículo 337. Reglas para la recepción de la indagatoria. La indagatoria no podrá recibirse bajo juramento. El funcionario se limitará a informar al sindicado el derecho que le asiste de guardar silencio y la prohibición de derivar de tal comportamiento indicios en su contra; que es voluntaria y libre de todo apremio; no tiene la obligación de declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni contra su cónyuge, compañero o compañera permanente; le informará la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente y el derecho que tiene a nombrar un defensor que lo asista, y en caso de no hacerlo, se le designará de oficio. Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo. Si la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud la podrá privar de este medio de defensa. De todo esto se dejará expresa y clara constancia desde el comienzo de la diligencia" Ley 906 de 2004. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". "Artículo 394. Acusado y coacusado como testigo. Si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este Código." II. LA DEMANDA. El ciudadano Jesús Nelson Enrique Prieto Guerrero presenta demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones "pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", del artículo 337 de la Ley 600 de 2000, y "comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento", del artículo 394 de la Ley 906 de 2004, por considerar que las mismas vulneran los artículos 13, 29 y 93 constitucionales, al igual que los artículos 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sostiene que las disposiciones cuya declaratoria de inexecutable se solicita, si bien persiguen la consecución de fines constitucionalmente admisibles, como son, el deber de colaboración con la administración de justicia o preservar el interés general, "es menester precisar a qué costo, con relación a los derechos fundamentales de otras personas, pueden y deben ser alcanzados esos fines". Aclara que, si bien el artículo 337 de la Ley 600 de 2000 fue objeto de sendos pronunciamientos judiciales (sentencias C- 1287 de 2001 y C- 096 de 2003), y otro tanto sucede con el artículo 394 de la Ley 906 de 2004 (sentencia C-782 de 2005), los exámenes han sido llevados a cabo bajo la premisa

de la defensa del derecho a la no autoincriminación del imputado, es decir, a la luz del artículo 33 de la Carta Política. Asegura que las normas acusadas infringen el derecho a la igualdad, por cuanto equiparan a dos individuos diferentes (indagado-testigo) confiriéndoles una misma facultad, cual es servir de prueba testimonial en contra de otra persona, "de tal manera que esta "igualdad entre desiguales" repercute nocivamente en los derechos fundamentales del coimputado que es acusado con la declaración de otro". En este orden de ideas, el demandante pretende demostrar que, las diferentes posiciones que ocupan el imputado y el testigo dentro del proceso penal, como por las garantías fundamentales procesales que revisten, no es posible tratarlos como iguales "y por esta vía ofrecerles la facultad de servir de prueba contra un tercero, es decir, es inconstitucional el trato igualitario que se presenta en las normas al tener al indagado-imputado como testigo contra terceros". Al respecto, asevera que, existe una primera diferencia objetiva entre el imputado y el testigo, consistente en que, si bien tienen derecho a no autoincriminarse, ni a declarar contra sus allegados, "el acusado es sujeto pasivo de la acción penal, por lo cual el derecho a no autoincriminarse cobra mucho mayor relevancia que para el testigo que ajeno a los hechos materia de investigación o juzgamiento". Agrega que, tanto en los términos de la Ley 600 de 2000 como en aquellos de la Ley 906 de 2004, al indagado o al imputado les asistió el derecho a permanecer en silencio como estrategia defensiva, callar total o parcialmente la verdad, y por tales conductas no se verá afectado por ulteriores consecuencias procesales; por el contrario, la persona que es llamada a rendir testimonio no le es permitido callar total o parcialmente lo que sabe pues se verá incurso en un delito contra la administración de justicia. En tal sentido, el testigo, desde la amonestación previa del juramento está obligado a decir la verdad acerca de los hechos que conoce, mientras que al indagado solamente se le tomará juramento si, dado el caso, formula cargos contra terceros. Afirma que una segunda diferencia existente entre el indagado-imputado y el testigo, consiste en que durante el interrogatorio que se le hace a éste, todos los sujetos procesales presentes pueden contrainterrogar con el fin de determinar si el declarante está exponiendo la verdad o si, por el contrario, ha mentado; por el contrario, durante la indagatoria solamente el funcionario judicial puede interrogar, permitiéndose la intervención del defensor únicamente cuando considere que las preguntas no están bien formuladas o se le viola algún derecho al indagado. Al respecto aclara que, el testigo puede ser contrainterrogado, distinto a lo acontecido con el "coimputado-testigo", quien no puede serlo, "es decir, el coimputado acusado" ni su defensor cuentan con la posibilidad real de contrainterrogar al imputado que acusa en igualdad de condiciones como se puede hacer con un testigo ordinario". A manera de conclusión, el demandante sostiene que es evidente que las normas acusadas se da un trato igual a individuos diferentes (imputado/testigo) otorgándoles una misma facultad, cual es, servir de prueba contra terceros, "de esta manera equivocadamente el legislador aplica el derecho a la igualdad". Sobre el particular señala que mientras que el imputado (i) es sujeto pasivo de la acción, (ii) no tiene la obligación legal de decir la verdad, (iii) el juramento "entendido como garantía de veracidad, se desnaturaliza en la figura del coimputado testigo", y (iv) y a la luz de la ley 600 de 2000, el indagado no es susceptible de ser contrainterrogado por el defensor del coimputado acusado durante la indagatoria; por el contrario, el testigo (i) es ajeno a la relación procesal, (ii) sí está obligado a declarar la verdad de todo lo que conozca, y (iii) a dicha diligencia testimonial, en ambos estatutos procesales, pueden acudir todos los sujetos procesales, incluido el defensor del coimputado acusado. De allí que, según el demandante, el legislador debe plasmar un verdadero trato desigual entre imputado y testigo, por cuanto el actual trato igualitario viola la Constitución. A continuación, el demandante explica las repercusiones que, a su juicio, generan la violación del derecho a la igualdad en los derechos fundamentales del coimputado que es acusado. En primer lugar señala la imposibilidad jurídico-legal de solicitar que el "coimputado testigo" sea llamado nuevamente a declarar. Al respecto afirma que, en los términos de la Ley 600 de 2000 dentro de los sujetos procesales que tienen la facultad de solicitar la ampliación de indagatoria del "coimputado testigo" no se encuentra el abogado defensor del "coimputado acusado". En otras palabras, el "indagado-imputado" en lo relacionado con llamar a declarar al "coimputado testigo" carece del derecho constitucional de hacer comparecer a los testigos que estime convenientes para aclarar su situación, violándose de esta forma el derecho de defensa (artículo 29 constitucional) y el literal f del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según la cual la persona tiene derecho a obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. En segundo lugar, indica que el mencionado trato igualitario conduce a que el testigo pueda ser contrainterrogado, teniendo el deber de contestar las preguntas, "situación que no se presenta cuando el que formula cargos es un coimputado porque a éste no se le puede contrainterrogar y aunque pudiéndolo hacer, tampoco tiene la obligación de contestar cuando la pregunta del abogado defensor del coimputado acusado va dirigida a atenuar o hacer desaparecer la responsabilidad de su cliente con desmedro de la situación procesal del declarante", violándose de esta manera el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual el acusado tiene derecho a interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Explica asimismo que en el interior del proceso penal no se le puede obligar al coimputado que acusa a que diga toda la verdad de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la que ocurrieron los hechos materia de juzgamiento, "ni a través de indagatoria (Ley 600 de 2000) ni aun por medio de un interrogatorio cruzado (Ley 906 de 2004); como tampoco se puede violentar ni sacrificar el derecho de defensa del coimputado que es acusado solamente porque la prueba de cargo, en este caso las versiones del coimputado, no pueden ser controvertidas plenamente, en las mismas condiciones con las que se pueden controvertir otros medios de prueba (testimonio)." Añade que el legislador operó una inversión de la carga probatoria, ya que cuando el coimputado testigo formula sus cargos, el abogado defensor del coimputado acusado, además de no poder contrainterrogarlo, debe buscar la prueba para demostrar que el indagado-imputado que acusa está mintiendo o por lo menos callando algo de los hechos total o parcialmente. A manera de síntesis, el demandante señala que, bajo la Ley 600 de 2000, el abogado defensor del coimputado acusado, "no puede solicitar la ampliación de la indagatoria del coimputado testigo, así como tampoco puede llamarlo a rendir testimonio ordinario", en tanto que, al amparo de la Ley 906 de 2004 "se presenta la dificultad si el coimputado ya no se ofrece a rendir declaración", situaciones que vulneran el derecho a hacer comparecer al testigo de cargo, vulnerándose de esta manera el literal f del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por último, indica que "Existe la imposibilidad de ejercer el contrainterrogatorio con todas las garantías, ya que (aunque el indagado pudiera ser contrainterrogado, lo que no es posible) el coimputado puede callar, está en su derecho, cuando alguna pregunta formulada durante el interrogatorio, en su sentir, lo desfavorezca, esto es, tampoco puede ejercer su derecho a interrogar o hacer interrogar, en plena igualdad, a los testigos de cargo (literal e

numeral 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).” III. INTERVENCIONES CIUDADANAS Y DE AUTORIDADES PÚBLICAS. 1. Ministerio del Interior y de Justicia. El ciudadano Fernando Gómez Mejía, actuando como apoderado del Ministerio del Interior y de Justicia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas. Indica que el ciudadano presenta cargos de inconstitucionalidad idénticos frente a normas jurídicas con efectos completamente distintos. En tal sentido, mientras que el artículo 337 de la Ley 600 de 2000, por el cual se regula la recepción de la indagatoria al imputado bajo un proceso penal de carácter mixto, el artículo 394 de la Ley 906 de 2004 regula la recepción del testimonio ofrecido por el acusado y coacusado dentro de un sistema penal acusatorio incorporado a nuestra legislación mediante Acto Legislativo 03 de 2002. Además, en el primero de los casos, se trata de una actuación surtida con quien fue sorprendido en flagrancia, en tanto que en el segundo se rinde durante el juicio oral. Explica que, bajo el sistema acusatorio, el acusado no está obligado a declarar ni a proporcionar al investigador o al juez elementos de juicio para que se le acuse o se le condene, ni debe rendir versión libre sobre los hechos, por lo cual puede abstenerse de hacerlo, a menos que en su propio juicio se ofrezca a declarar, caso en el cual lo hará bajo la gravedad del juramento. Indica que el actor considera que las disposiciones son inconstitucionales pues equiparan al testigo y al acusado. Sin embargo, ambas regulan situaciones completamente distintas. En efecto, el artículo 337 de la Ley 600 de 2000 señala que si el imputado declara contra otro, se le volverá a interrogar bajo juramento, es decir, se asume que si acusa a terceros debe decir la verdad, pues en este caso no se defiende sino que inculpa. Ello es así por cuanto la presunción de inocencia, el derecho al buen nombre y de defensa de quien es acusado por el indagado no puede ser desconocido por tan solo el testimonio del indagado. En tal sentido, el testimonio rendido por el acusado debe ser analizado por el funcionario judicial como cualquier otro medio de prueba que se allegue al proceso. De igual manera, el defensor del acusado puede pedir la ampliación del testimonio. De igual manera, en relación con los cargos de inconstitucionalidad planteados contra el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, el interviniente considera que tampoco están llamados a prosperar, por cuanto en un sistema acusatorio no existe la obligación para el imputado de declarar, pero sí decide hacerlo la hará bajo juramento, caso en el cual deberá decir la verdad cuando se trate de terceros. Aclara que la sentencia C-782 de 2005 podría ser interpretada como lo hace el demandante, es decir, que cuando en el juicio oral el acusado decide declarar puede faltar completamente a la verdad, incluso cuando actúa como testigo, pero “consideramos que existe otra interpretación y es que el acusado sólo puede faltar a la verdad frente a los hechos que lo comprometen, es decir, cuando están referidos exclusivamente a su responsabilidad”. En suma, para el interviniente los cargos no están llamados a prosperar ya que las normas acusadas no conducen a vulnerar el derecho de defensa de la persona que fue acusada por otro, bien sea en el curso de una diligencia de indagatoria, o durante un juicio oral. 2. Fiscal General de la Nación. El Señor Fiscal General de la Nación, Mario Germán Iguarán Arana, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las normas acusadas, por no presentarse vulneración alguna de los derechos a la igualdad, presunción de inocencia, contradicción y defensa, pero en cambio pide a esta Corporación integrar unidad normativa con el artículo 342 de la Ley 600 de 2000, y como consecuencia, condicionar la exequibilidad de esta última norma, en los términos consignados en la intervención. El interviniente comienza por señalar que mediante sentencia C- 621 de 1998 la Corte declaró exequible el artículo 357 del C.P.P. de 1991, excepto la exhortación al indagado para que dijera la verdad, la cual fue declarada inexecutable. Posteriormente, el artículo 337 de la Ley 600 de 2000 fue declarado exequible. No obstante lo anterior, el fallo se refirió frente a las garantías de la no autoincriminación, de defensa y de presunción de inocencia, de cara a la exhortación al indagado para que dijera la verdad, pero no se examinó la situación que se presenta cuando aquél decide hacer imputaciones a un tercero y las consecuencias que dicho acto pueda tener en materia de garantías procesales, y por ende, no existe cosa juzgada absoluta en los términos del artículo 243 de la Constitución. Indica que la misma consideración debe realizarse respecto de la sentencia C- 782 de 2005, que declaró exequibles las mismas expresiones demandadas de la Ley 906 de 2004, por cuanto se trata de un fallo de constitucionalidad condicionada y a la vez con alcances limitados a los derechos y garantías del acusado o coacusado declarante bajo juramento. En lo que atañe a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, señala el interviniente que injustificadamente el ciudadano equipara dos instituciones completamente diferentes como son el imputado y el testigo, para concluir que el legislador los terminó equiparando, cuando ello no es cierto. En efecto, cuando la ley señala que el imputado volverá a ser interrogado, cuando quiera que realice imputaciones contra otro, “como si se tratara de un testigo”, lo que significa que “a pesar de que por una coyuntural manifestación jurada del imputado respecto de otro puede ser tratado como testigo, jamás se le tendrá como testigo”. De igual forma, en la Ley 906 de 2004, no se obliga al imputado o al acusado a convertirse en testigo, sino que voluntariamente asume tal postura cuando declara contra otro o se ofrece a hacerlo, asumiendo las cargas de tal posición. De tal suerte que el juramento del imputado o acusado solamente compromete las manifestaciones en contra de un tercero, no la explicación de su propia conducta, “de modo que aquella formalidad no puede interferir el libre ejercicio de los derechos a guardar silencio y no autoincriminación, lo cual significa que a partir de la declaración contra otro, no se transforma en testigo sino que continúa en su posición privilegiada de imputado o acusado, pero desde entonces y para esas precisas imputaciones asume la responsabilidad del testigo”. Ahora bien, en lo que respecta a los derechos de contradicción y defensa del señalado por un coimputado o coacusado, indica que efectivamente los tratados sobre derechos humanos, al igual que el artículo 29 Superior, consagran como garantía mínima del imputado a obtener, en plena igualdad, la comparecencia de los testigos de cargo y a interrogarlos. De allí que, efectivamente, si un coimputado declara contra otro, éste tiene derecho a interrogarlo respecto de esa declaración. Así mismo señala que, en los términos de la Ley 600 de 2000, la indagatoria no sólo constituye un medio para la vinculación del imputado, ejercer su derecho de defensa, e incluso confesar, sino excepcionalmente se convierte en un medio para obtener del indagado un testimonio. Siendo ello así, el coimputado o coacusado, a quien incrimina el indagado, tiene el derecho a solicitar la ampliación de la indagatoria del primero, pues de lo contrario se le vulnerarían sus derechos de contradicción y defensa, así el indagado haga uso de sus derechos al silencio y a la no autoincriminación, razón por la cual la Corte debería integrar la unidad normativa con el artículo 342 de la mencionada ley, y decidir la constitucionalidad de este último, en el entendido de que también podrá solicitar la ampliación de la indagatoria la persona que resultó acusada por el indagado. Por otra parte, en lo que concierne a la Ley 906 de 2004, señala que no existe indagatoria y tampoco es posible combinar los roles de indagado y testigo en esa misma diligencia. En efecto, indica que durante la investigación al indiciado se le recibe un interrogatorio sin juramento, previas las advertencias de guardar silencio y la presencia

de un abogado, así sea en contra de terceros. Así entonces, en las audiencias preliminares puede ser posible el interrogatorio al imputado sin juramento, el cual sólo aparece en el juicio, siendo la única que podrá ser tomada como prueba. Finaliza sosteniendo que en el nuevo sistema de investigación y juzgamiento, el interrogatorio y contrainterrogatorio del coacusado que incrimina a otro debe hacerse en la audiencia de juicio oral, si él se ofrece como testigo, ya que si tal incriminación tuvo lugar durante la etapa de investigación, no tiene la calidad de prueba incriminatoria.

3. Universidad Santiago de Cali. Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Santiago de Cali, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declararse inhabilitada para pronunciarse de fondo, por cuanto, en su opinión, ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta con fundamento en las sentencias C- 621 de 1998 y C- 782 de 2005. En tal sentido, en lo que respecta al artículo 337 de la Ley 600 de 2000, indica que la Corte examinó la prohibición de juramentar al imputado, habiendo declarado inexecutable la expresión “que diga la verdad, advirtiéndole que debe”, disponiendo que, en lo que se refiere al resto del artículo, “que configura una unidad normativa, dados los estrechos vínculos internos se aviene a la Constitución”, con lo cual la Corte se pronunció en relación con la constitucionalidad de la expresión “Pero si el imputado declara contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo”, motivo por el cual ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. De igual manera, indica que en sentencia C- 782 de 2005 la Corte se pronunció en relación con la constitucionalidad del artículo 394 de la Ley 906 de 2004, habiéndolo declarado executable de manera condicionada, razón por la cual también en este caso ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

4. Universidad Jorge Tadeo Lozano. El ciudadano Camilo Caicedo Giraldo, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar executibles las expresiones legales demandadas. Así pues, en lo que concierne a los segmentos normativos demandados de la Ley 906 de 2004, el interviniente sostiene que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, en virtud de lo decidido en sentencia C- 782 de 2005. Por otra parte, en lo que atañe al artículo 337 de la Ley 600 de 2000, indica que la norma acusada impone ciertas cargas cuando en el transcurso de la diligencia de indagatoria, el imputado declara contra otro, pero “no se trata, como parece entenderlo el demandante, de equiparar a dos individuos diferentes (indagado- testigo), pues la persona que rinde la diligencia de indagatoria y contra quien el Estado se encuentra ejerciendo la acción penal y por eso se llama imputado o sindicado, no pierde la calidad de tal por el hecho de que declare contra otro, pues es evidente que todas las garantías que lo rodean en el transcurso de la diligencia se mantiene incólumes, y única y exclusivamente se le recibirá juramento y se le interrogará de nuevo en lo que a imputaciones frente a otro se refiere, y es por eso que la norma claramente señala como si se tratara de un testigo”. Con fundamento en las anteriores consideraciones, el interviniente concluye diciendo que en nada contraría la Constitución la previsión según la cual el imputado debe ser juramentado en el momento en que declare contra otra persona, ya que su derecho de defensa no es absoluto.

5. Universidad de Cartagena. El ciudadano David Enrique Mercado Pérez, integrante del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Cartagena, interviene en el proceso de la referencia con un concepto de inconstitucionalidad. En lo que concierne al artículo 394 de la Ley 906 de 2004 explica que no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en virtud de la sentencia C- 782 de 2005, puesto que “la Corte Constitucional no ha evaluado la constitucionalidad de los textos acusados frente a las normas superiores que se juzgan vulneradas, en especial la de los dos tratados citados”. Agrega que, el derecho procesal le reconoce a la indagatoria una doble connotación jurídica: como medio de defensa y fuente de prueba de la investigación penal. Lo primero porque mediante ella el sindicado tiene derecho a responder los cargos que se le hubieren imputado; lo segundo, porque de lo expresado en la injurada puede el funcionario judicial deducir indicios de responsabilidad en los hechos materia de investigación o juzgamiento, así como hallar motivos que conduzcan a la inocencia o la responsabilidad del procesado. En tal sentido, argumenta que tanto al indagado (Ley 600 de 2000) como al imputado (Ley 906 de 2004) cuando ofrece su declaración, les asiste el derecho a permanecer en silencio, como estrategia defensiva, callar total o parcialmente, ocultar o reservarse algo, sin enfrentar posteriores consecuencias procesales. Todo lo anterior porque la Constitución y los tratados internacionales sobre derecho humanos así lo garantizan. Agrega que, como lo señala el demandante, existe una imposibilidad jurídica de solicitar que el coimputado-testigo sea llamado a declarar, ya que el derecho de defensa de quien es acusado por un coimputado se ve seriamente disminuido al punto de hacerlo desaparecer. En tal sentido, en los términos de la Ley 600 de 2000, dentro de los sujetos procesales que tienen la facultad de solicitar la ampliación de la indagatoria no se encuentra el coimputado-acusado; tampoco existe la posibilidad de llamarlo como testigo dentro de su propio proceso, porque tal situación conllevaría la amonestación de juramento previo, y todo lo que tal apremio comporta. De igual manera, según la Ley 906 de 2004, la declaración que rinde el coimputado contra otro no tiene posibilidad de ser repetida. Al respecto, cita como ejemplo el caso en el cual durante un juicio oral el imputado acusado a otro, pero luego no se “ofrece” a declarar en el nuevo proceso. Por las anteriores razones, el interviniente considera que le asiste razón al demandante, ya que, en últimas, se presenta una inversión de la carga de la prueba por cuanto “cuando el coimputado testigo formula sus cargos, deviene una inversión de la carga probatoria constitucionalmente inadmisibles, porque al no poder ejercer la controversia de la prueba directamente a través de un contrainterrogatorio, se ve obligado el abogado defensor del coimputado acusado a buscar la prueba para demostrar que el indagado-imputado que acusa está mintiendo”.

6. Ciudadano Mauricio Pava Lugo. El ciudadano Mauricio Pava Lugo interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar executibles las normas legales acusadas, de manera condicionada. Luego de resumir los argumentos del demandante señala que, en su opinión, que el derecho a contrainterrogar al imputado que se convirtió como testigo de cargo, lo debe ser para todos los sujetos procesales con interés legítimo en intervenir. Con todo, explica, se pueden presentar tres situaciones: (i) que la pregunta no se refiere a la propia conducta o a aquella de los familiares del imputado que le hace cargos a un tercero, sino al señalamiento que se hizo de este último; (ii) que el interrogante verse tanto sobre el tercero que ha sido objeto de imputación por parte del imputado, como a la propia conducta o aquella de los familiares; y (iii) que la pregunta se refiera solo a la propia conducta o al comportamiento de los familiares de imputado que le hace cargos a un tercero. En tal sentido, sólo en el primer evento está autorizado el contrainterrogatorio por los demás procesales, “sólo son válidas y tienen efectos probatorios las respuestas que se den en el primer supuesto”. Concluye afirmando que “el ejercicio del derecho a ser oído no puede conducir a que se deba renunciar al derecho de no autoincriminación. Y por su parte, el derecho de no autoincriminación no pueda dar lugar a que se renuncie al derecho a ser oído”. 7.

Instituto Colombiano de Derecho Procesal. El ciudadano José Fernando Mestre Ordoñez, obrando en su calidad de miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, interviene en el proceso de la referencia, para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas. Afirma la inexistencia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto el cargo formulado es distinto y el análisis de la Corte no se refirió en sentencia C- 782 de 2005 al testimonio del imputado. En relación con las normas acusadas sostiene que las mismas no se refieren "a la fuerza, valor o eficacia probatoria de los medios de prueba, sino a la regulación legal como medio de prueba y a sus requisitos de existencia y validez". En tal sentido, explica que la remisión a la prueba testimonial implica que al declarante se le debe tomar juramento y se deben seguir las demás reglas para la práctica del interrogatorio. Así pues, como cualquier testimonio, el valor probatorio que le acuerde el juez dependerá de una multitud de elementos o requisitos que fundamentan lo que se ha denominado la "credibilidad del testigo". En consecuencia, los diferentes testimonios que se presenten en un proceso no tienen necesariamente la misma fuerza, ofreciendo diversos niveles de credibilidad. En tal sentido, sostiene que los coimputados, en principio, son testigos sospechosos, pues tiene un interés personal que recae sobre la sentencia que habrá de proferirse. Con todo, nada obsta para que dicho testimonio pueda desvirtuar la presunción de inocencia, siempre y cuando existan otros motivos de credibilidad. IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. La Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales María Claudia Zea Ramírez, actuando por designación del Procurador General de la Nación, de conformidad con la aceptación del impedimento presentado por este ante la Sala Plena de la Corte Constitucional para emitir concepto de fondo en relación con la demanda de la referencia, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución, hace llegar a la Corte el concepto N° 4057, en el que solicita que las normas demandadas sean declaradas exequibles. Sostiene que frente a las normas legales acusadas ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional relativa, en virtud de lo decidido en sentencias C- 621 de 1998 y C- 782 de 2005. En lo que atañe al alcance de las normas acusadas, indica que el artículo 337 de la Ley 600 de 2000 consagra el deber excepcional de tomar juramento cuando el imputado formula acusaciones a terceros, el cual tiene por finalidad, por una parte, revestir de credibilidad tales imputaciones, y a su vez, proteger la honra y el buen nombre de aquel otro a quien ha sido atribuido un comportamiento ilícito. En otros términos, mediante el juramento, el imputado que hace sindicaciones contra terceros también compromete su responsabilidad, de tal manera que, al reiterar la sindicación formulada bajo juramento asume las consecuencias penales que deriven de la acusación formulada faltando a la verdad. A su vez, la interpretación del artículo 394 de la Ley 906 de 2004 señala que cuando la declaración versa sobre su propia conducta, el juramento es una solemnidad previa a la declaración, un llamamiento solemne a decir la verdad del cual no pueden derivarse consecuencias jurídico-penales adversas al acusado; por el contrario, si aquella trata sobre hechos criminosos atribuidos a un tercero, tal declaración será recibida como un testimonio, acompañada de las consecuencias jurídico-penales que correspondan por faltar a la verdad o callarla total o parcialmente. Así las cosas, sostiene que el cargo por supuesta violación del derecho a la verdad no está llamado a prosperar, por cuanto las consecuencias jurídico penales derivadas de faltar a la verdad son las mismas para el testigo o para el procesado que imputa conductas delictivas a terceros, "de tal manera que ambos tienen la obligación de declarar todo cuanto sepan sobre los hechos atribuidos a terceros y no pueden faltar a la verdad ni callarla total o parcialmente". Al mismo tiempo, tanto el testigo como el imputado se exoneran de decir todo aquello que comprometa su propia responsabilidad y la de sus parientes cercanos, como quiera que el derecho a no autoincriminarse es de todo ciudadano y no ampara exclusivamente a quien se encuentre vinculado a un proceso penal. De igual manera, sostiene que la norma no restringe el derecho de contradicción y el ejercicio del derecho de defensa del coimputado. Asegura que, en el esquema de la Ley 600 de 2000, en el momento en que el indagado formula una acusación contra otro, presta juramento y absuelve los interrogantes en torno a tal sindicación, no perdiendo su calidad de sujeto procesal, destinatario de la acción penal, sino que concurren en él, de una parte, el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse como procesado que es, y al mismo tiempo, el deber ciudadano de prestar juramento para ratificarse de la declaración que hace contra otro y asumir las consecuencias de ello. Por consiguiente, la ley no le acuerda el mismo valor a la acusación que hace el indagado y a la que formula un testigo, como equivocadamente lo sostiene el demandante. En relación con el cargo de inconstitucionalidad planteado contra el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, indica que el acusado o coacusado que declara contra otro, no tiene derecho a faltar a la verdad en relación con el hecho atribuido, por cuanto de hacerlo incurriría en sanciones penales. Respecto al ejercicio del derecho de contradicción, afirma que la norma tiene un escenario de aplicación concreto, cual es, el juicio oral, y en desarrollo de éste, tal y como lo dispone el artículo 393 del nuevo C.P.P., la parte afectada, es decir, el coacusado contra el cual declaró, tiene la posibilidad de contrainterrogar al acusado declarante y de solicitarle la aclaración o adición de su testimonio, debiendo responder a la verdad. Al respecto aclara que, al no existir el principio de permanencia de la prueba, si el tercero no acudió al juicio oral, dentro de la acción penal que se derive de esas sindicaciones, deberá reiterarse el testimonio. De igual manera, indica que cuando el imputado o acusado decide formular una acusación contra otra persona, debe hacerlo bajo la gravedad del juramento, y al ser interrogado sobre ese punto, al igual que el testigo, no puede callar la verdad total o parcialmente pero sólo en relación con la imputación efectuada en relación con un tercero. Así pues, no se le impone al indagado la obligación de renunciar a su derecho fundamental a no autoincriminarse, como tampoco se le restringe al acusado su derecho a ser oído dentro de la acción penal que se adelanta en su contra. Por otra parte, en relación con el cargo de inconstitucionalidad por la supuesta inversión de la carga de la prueba, la Vista Fiscal considera que el mismo no está llamado a prosperar por cuanto la simple sindicación que realice el imputado, como puede hacerla cualquier denunciante, tiene como efecto accionar el aparato investigador del Estado en orden a demostrar si lo afirmado por esa persona bajo juramento es cierto o no, de tal forma que se establezca, más allá de toda duda razonable, tanto la existencia de la conducta punible atribuida, como la responsabilidad de quien ha sido señalado como autor o partícipe de la misma. De allí que la norma acusada, ni tácita ni expresamente, consagra una presunción de culpabilidad o releva al Estado de esa función investigativa. A manera de síntesis, el Ministerio Público señala que los cargos de inconstitucionalidad planteados por el demandante no están llamados a prosperar, por cuanto del contenido normativo de las normas acusadas no se deriva la restricción al apoderado del acusado de solicitar la ampliación de la indagatoria o aquella de citar al procesado como testigo, cuando lo que simplemente hace es someter cualquier acusación al apremio del juramento en defensa de los derechos de terceros que pueden verse afectados en su honra. Además, el cargo se basa en considerar que el tercero acusado siempre se convierte en coacusado dentro del mismo proceso, cuando lo cierto es que no

necesariamente es así, ya puede tratarse de hechos completamente distintos, caso en el cual, el indagado podrá ser llamado posteriormente como testigo. V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. 1. Competencia. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta. 2. Problemas jurídicos. El ciudadano Jesús Nelson Enrique Prieto Guerrero demanda la inexistencia de las expresiones "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", del artículo 337 de la Ley 600 de 2000, y "comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento" del artículo 394 de la Ley 906 de 2004, por considerar que las mismas vulneran los artículos 13, 29 y 93 constitucionales, al igual que los artículos 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Luego de examinar la inexistencia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, con base en lo decidido en las sentencias C- 1287 de 2001, C- 096 de 2003 y C-782 de 2005, en relación con la violación del derecho a la igualdad, el demandante sostiene que, para determinados efectos, en ambas normatividades el legislador indebidamente equiparó al indagado (art. 337 de la Ley 600 de 2000) o al acusado (art. 394 de la Ley 906 de 2004) con el testigo, "y por esta vía ofrecerles la facultad de servir de prueba contra un tercero", siendo que existen numerosas e importantes diferencias entre ellos. En tal sentido explica que, mientras que el acusado es el sujeto de la acción penal, el testigo es ajeno a la misma; el indagado puede guardar silencio lo cual le está vedado a quien rinde testimonio, e igualmente, mientras que el testigo puede ser interrogado por todos los sujetos procesales, el indagado sólo lo es por el fiscal y no por el defensor del coimputado. De la injustificada equiparación que el legislador estableció entre las figuras del indagado/acusado y el testigo, cuando quiera que el primero de ellos, en el curso de la diligencia de indagatoria o durante el juicio oral, decida imputar a un tercero un hecho delictivo, según el ciudadano demandante, se derivan los siguientes efectos, contrarios al derecho de defensa del coimputado (art. 29 constitucional) y al derecho al debido proceso, en los términos de los artículos 14.2 del PIDCP y 8.2 de la CADH: (i) imposibilidad jurídico-legal de solicitar que el coimputado-testigo sea llamado nuevamente a declarar, como quiera que la persona que fue acusada por éste no se encuentra presente durante la indagatoria, tampoco puede solicitar la ampliación de la misma ni llamarlo a declarar como testigo; (ii) mientras que el testigo puede ser conainterrogado y tiene el deber de contestar, el coimputado no puede hacer lo propio en relación con los hechos relatados por el indagado o acusado; y (iii) se presenta una inversión de la carga de la prueba, ya que, en la práctica, la persona que en el curso de una diligencia de indagatoria o durante el juicio oral resultó siendo acusada por la comisión de un delito por el indagado o acusado no sólo no puede conainterrogarlo sino que además debe buscar las pruebas de su inocencia. A manera de síntesis de su demanda, el ciudadano argumenta que, en los términos del artículo 337 de la Ley 600 de 2000 el abogado del coacusado no puede solicitar la ampliación de la indagatoria ni la citación del indagado como testigo, a efectos de poder conainterrogarlo en relación con la acusación vertida contra su defendido, en tanto que el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, conduce a que, en relación con el acusado que imputa un hecho a un tercero durante el juicio oral, no existe garantía alguna de que nuevamente "se ofrezca" a declarar, pudiendo así ser conainterrogado. De igual manera, cabe precisar que en el texto de su demanda el ciudadano no explicó las razones por las cuales, en su opinión, el legislador habría vulnerado el artículo 93 Superior. En relación con los argumentos planteados por el demandante, los intervinientes, en su gran mayoría, coinciden en afirmar que efectivamente no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Por el contrario, sus posiciones resultan ser muy disímiles en lo que atañe a las vulneraciones a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos alegadas por el ciudadano Prieto Guerrero. Así pues, la Fiscalía considera que el legislador no equiparó al indagado/acusado con el testigo, y por ende, el cargo por vulneración al derecho a la igualdad no está llamado a prosperar. Con todo, le da la razón al demandante en cuanto a la imposibilidad que existe para el coimputado en la Ley 600 de 2000 para citar a ampliación de indagatoria a quien lo acusó durante la misma, con el fin de poder conainterrogarlo, motivo por el cual solicita integrar la unidad normativa con el artículo 342 y declarar que dicho derecho no le asiste exclusivamente al indagado. Por el contrario, según la Fiscalía, tal situación no se presenta en la Ley 906 de 2004, por cuanto en la misma no está prevista la indagatoria y durante las diligencias previas al juicio oral las declaraciones rendidas no lo son bajo juramento. El Ministerio del Interior y de Justicia, por su parte, alega la imposibilidad de adelantar un juicio de igualdad como el propuesto por el demandante, ya que se trata de dos sistemas procesales completamente distintos. Agrega que, en los términos de la Ley 600 de 2000 el indagado que acusa a un tercero, previamente es sometido al juramento, quedando por lo tanto compelido a decir la verdad e igualmente su declaración deberá ser valorada en conjunto con las demás pruebas. De igual manera, durante el juicio oral, quien acusa a otro tampoco puede faltar a la verdad. El Instituto Colombiano de Derecho Procesal es de la opinión de que no le asiste la razón al demandante por cuanto quien declara contra otro durante una indagatoria es considerado por la doctrina como un "testigo sospechoso", cuya declaración además deberá ser analizada conjuntamente con todo el acervo probatorio. Por el contrario, algunos intervinientes coadyuvan la demanda sosteniendo que efectivamente las normas acusadas conducen a vulnerar el derecho de defensa de quien es acusado por otro, bien sea en el curso de una diligencia de indagatoria o en el juicio oral, por cuanto no se le permite conainterrogarlo. Finalmente, la Vista Fiscal solicita a la Corte declarar exequibles las disposiciones acusadas. A su juicio, en los términos de la Ley 600 de 2000, cuando el indagado decide formular una acusación contra un tercero, concurren en él las calidades de sujeto procesal y de testigo, no pudiendo faltar a la verdad en relación con los hechos cuya responsabilidad le imputa a otra persona. De igual manera, de conformidad con la Ley 906 de 2004 si una persona durante el juicio oral acusa a otra, y con base en tal declaración se inicia una nueva investigación penal, deberá repetirse tal declaración en el correspondiente proceso. Aclara además que debería distinguirse entre la situación que se presenta cuando el indagado acusa a otra persona por hechos relacionados con su propio proceso (coimputado) cuando lo es en relación con otros hechos ajenos al mismo. De igual manera, considera que la acusación formulada por el demandante no es clara ya que de las normas demandadas no se deriva que se presente una inversión de la carga de la prueba ni que no se pueda solicitar la ampliación de la indagatoria. En este orden de ideas, la Corte deberá examinar, (i) si los argumentos planteados por el demandante, en el sentido de atacar la constitucionalidad de dos normas legales diferentes en sus contenidos y alcances, pertenecientes a sistemas procesales penales completamente distintos, constituyen o no un verdadero cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 13 Superior; (ii) si en relación con la expresión "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", ha operado o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, con base en lo decidido en las sentencias C- 1287 de 2001 y C- 096 de 2003; (iii) si

respecto al mismo segmento normativo, el legislador realmente no previó, debiendo hacerlo, la posibilidad de contrainterrogar a quien declara contra otro en una indagatoria, vulnerando de esta manera el artículo 29 Superior en concordancia con los artículos 14.3 del PIDCP y 8.2 de la CADH; (iv) si en relación con la expresión acusada del artículo 394 de la Ley 906 de 2004 ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional teniendo en cuenta lo decidido en sentencia C- 782 de 2005. 3. Ausencia de cargo de inconstitucionalidad por violación del derecho a la igualdad. La Corte considera que los planteamientos del demandante, en el sentido de atacar la constitucionalidad de dos normas legales pertenecientes a sistemas procesales penales completamente distintos, empleando para ello los mismos argumentos y términos de comparación, implican un indebido planteamiento de un cargo de inconstitucionalidad por violación del derecho a la igualdad, por las razones que pasan a explicarse. A lo largo de toda su demanda, el ciudadano pretende estructurar un cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 13 Superior, empleando para ello, de manera indiscriminada y confusa los términos "indagado", "coimputado", "acusado", "coacusado" y "testigo", sin reparar en las notorias y fundamentales diferencias existentes entre cada una de estas figuras procesales, dados los distintos contextos normativos en los cuales se encuentran inmersas cada una de ellas. En efecto, en diversas ocasiones, la Corte ha resaltado las numerosas particularidades que, partiendo del Acto Legislativo 03 de 2002, ofrece el nuevo sistema procesal penal acusatorio, en relación con aquél de carácter mixto que inicialmente fue concebido en el texto de la Constitución de 1991, desarrollado por el decreto 2700 de 1991, el cual fue objeto de algunas modificaciones, no estructurales, mediante la Ley 600 de 2000. Con todo, es preciso aclarar que las notorias diferentes que ofrece cada uno de los sistemas procesales no es óbice para dar aplicación al principio de favorabilidad penal. En tal sentido, la Corte en sentencia C-592 de 2005 estimó que "las normas que se dictaron para la dinámica del sistema acusatorio son susceptibles de aplicarse por favorabilidad a casos que se encuentren gobernados por el Código de Procedimiento Penal de 2000, a condición de que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos". De igual manera, en casos de tutela, esta Corporación ha estimado que, en aspectos puntuales y a condición de que "no se esté frente a instituciones estructurales del nuevo sistema" se debe aplicar el principio de favorabilidad penal, como por ejemplo, en materia de allanamiento de cargos. Por el contrario, en el presente asunto, de manera confusa, el demandante emplea términos procesales inherentes y característicos de cada sistema procesal para tratar de establecer equiparaciones donde éstas no son posibles. En efecto, en un caso se trata de una norma referente a la diligencia de indagatoria, la cual fue suprimida en el sistema acusatorio; la otra, alude al derecho a guardar silencio en la etapa del juicio oral, contradictorio, con inmediatez de la prueba, es decir, durante la principal etapa del nuevo sistema acusatorio. En este orden de ideas, la argumentación del ciudadano, en relación con la supuesta violación del derecho a la igualdad no constituye un cargo de inconstitucionalidad por cuanto no sólo incumple con el requisito de la claridad, "lo cual implica seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa", como quiera que, indistintamente emplea términos procesales de uno y otro sistema procesal penal, sino que adicionalmente, pretende estructurarse apoyándose para ello en comparaciones inadmisibles. 4. Examen del fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con la expresión "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", del artículo 337 de la Ley 600 de 2000. La cosa juzgada constitucional, en términos generales, hace referencia a los efectos de las sentencias de la Corte, su carácter inmutable y a la imposibilidad de presentar recursos en contra de las decisiones en ellas consagradas. De allí que, el efecto de la cosa juzgada constitucional se traduce en la imposibilidad jurídica de reabrir el juicio de constitucionalidad sobre la norma que ya ha sido objeto de examen por esta Corporación. De igual manera, la Corte ha considerado que cuando en un determinado fallo no se otorga a la decisión efectos de cosa juzgada relativa a los cargos analizados en la sentencia, ni "ésta puede deducirse claramente de la parte motiva de la misma", en virtud de la presunción de control integral, y salvo la existencia de cosa juzgada aparente por carencia de análisis o motivación del fallo, se considera que la decisión tiene carácter de cosa juzgada absoluta. Por el contrario, bien puede acaecer que la Corte al declarar la exequibilidad de una norma haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política, situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia, caso en el cual la cosa juzgada tiene carácter relativo, pudiendo ser usual que tal alcance limitado de la decisión se haga expresamente en la parte resolutive de la sentencia, circunscribiéndola al preciso ámbito de lo formal o a los cargos o disposiciones superiores que fueron analizados en la sentencia, como también puede suceder que la delimitación de los efectos de la sentencia no se haya hecho en la parte resolutive sino que el alcance se restringe en la parte motiva, dando lugar a lo que la jurisprudencia ha denominado "cosa juzgada relativa implícita". Ahora bien, en el caso concreto, la Corte debe examinar si, en relación con la expresión "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", del artículo 337 de la Ley 600 de 2000 ha operado o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en virtud de lo decidido en sentencias C- 1287 de 2001 y C- 096 de 2003, tal y como lo proponen algunos intervinientes. En tal sentido, en lo que concierne a la sentencia C- 1287 de 2001, se tiene que en dicho pronunciamiento la Corte se limitó a examinar la constitucionalidad de la expresión "primero civil" del artículo 337 de la Ley 600 de 2000, por un cargo de inconstitucionalidad según el cual "cuando las normas acusadas indican que nadie está obligado a declarar contra sus parientes en primer grado civil, incurren en discriminación inconstitucional, porque en el caso del parentesco por consanguinidad el grado hasta el cual no existe dicha obligación es el cuarto", segmento normativo que fue declarado exequible, con la precisión de que "en la aplicación de las normas legales antes mencionadas se deberá hacer una integración de las mismas con lo previsto en el inciso 4º del artículo 42 de la Constitución Política.". De tal suerte que no puede predicarse la existencia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto el examen de la Corte se limitó a un cargo muy específico contra una expresión puntual del artículo 337 de la Ley 600 de 2000, análisis que no guarda relación alguna con el presente caso. Otro tanto sucede con la sentencia C- 096 de 2003, mediante la cual la Corte declaró "ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia de la Corte Constitucional C-621 de 1998 y, por lo tanto, declarar exequible la expresión "se tendrá por vinculada procesalmente" contenida en el inciso 2 del artículo 337 de la Ley 600 de 2000", con fundamento en un cargo de inconstitucionalidad según el cual el segmento normativo acusado estaría privando a la persona de la posibilidad de defenderse antes de rendir indagatoria o ser declarada persona ausente, es decir, una acusación que tampoco guarda relación alguna con el cargo planteado en el presente caso, motivo por el cual no ha

operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. En este orden de ideas, en relación con la expresión "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", del artículo 337 de la Ley 600 de 2000, no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, motivo por el cual la Corte puede hacer un pronunciamiento de fondo.

5. La expresión "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", del artículo 337 de la Ley 600 no vulnera el artículo 29 Superior, en concordancia con los artículos 14.3 del PIDCP y 8.2 de la CADH. El demandante considera que la expresión "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", del artículo 337 de la Ley 600 vulnera el artículo 29 Superior, en concordancia con los artículos 14.3 del PIDCP y 8.2 de la CADH, por cuanto, la persona que resultó siendo acusada por otra en el curso de una diligencia de indagatoria no contaría con la facultad de conainterrogarla, vulnerándose de esta manera su derecho de defensa. Con el propósito de determinar si le asiste o no la razón al ciudadano, la Corte (i) analizará el derecho que tiene el acusado a conainterrogar a quien lo acusa, a la luz del artículo 29 Superior, en concordancia con los arts. 14.2 del PIDCP y 8.2 de la CADH; (ii) determinará los contenidos y fines de la diligencia de indagatoria y de su ampliación y (iii) examinará las relaciones entre las figuras del indagado y la del testigo.

5.1. Contenido y alcance del derecho que tiene el acusado a conainterrogar a quien lo acusa, a la luz del artículo 29 Superior, en concordancia con los arts. 8.2 de la CADH y 14.2 del PIDCP. El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En tal sentido, la Corte ha considerado que (i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la certeza de la responsabilidad del procesado; (ii) se trata de una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer; (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa; (v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando "se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso"; por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la producción de la prueba, "por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador" y exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba; y (vi) el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas. Así mismo, en sentencia T- 1099 de 2003 la Corte, reagrupando sus líneas jurisprudenciales en materia del derecho a presentar y controvertir las pruebas, estimó que éste comprendía, a favor del procesado, los derechos a (i) presentar y solicitar pruebas; (ii) a controvertir las presentadas en su contra; (iii) el aseguramiento de la publicidad de la prueba, a fin de asegurar el derecho a la contradicción; (iv) derecho a la regularidad de la prueba; (v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de efectividad de los derechos; y (vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso. Ahora bien, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, se establece como garantía fundamental del derecho al debido proceso penal, la facultad de que dispone el procesado para "interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos", en los términos del artículo 8º, inciso 2º, literal f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.2 dispone que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo". De igual manera, la Convención de Derechos del Niño, dispone en su artículo 40, inciso segundo, que todo menor que haya infringido la ley penal, tiene derecho a "interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad". En igual sentido, los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos han recabado en la importancia que ofrece la garantía de derecho que le asiste al acusado de interrogar directamente a los testigos de cargo, en tanto que elemento fundamental del derecho al debido proceso penal. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Petrucci contra Perú consideró que constituía una violación al artículo 8.2 del Pacto de San José, el hecho de que la legislación interna prohibiese interrogar a agentes estatales cuyos testimonios constituyesen la base de una acusación. Así mismo, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el asunto Bönisch, y posteriormente en el caso Barberà, Messegué y Jabardo contra España estimó que "dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa". De igual manera, en el caso P.S. contra Alemania, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que "Cuando una condena está basada únicamente o en grado decisivo sobre deposiciones que han sido hechas por una persona que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar o hacer examinar, sea durante la etapa de investigación o en el juicio, los derechos de la defensa están restringidos a un punto que es incompatible con las garantías provistas en el artículo 6º". Otro tanto sucede en el derecho comparado, donde incluso se ha llegado a considerar la imposibilidad de fundar una sentencia condenatoria con base en las manifestaciones inculpativas de un coimputado, si la defensa o el propio imputado no pudieron interrogarlo plenamente. Con todo, cabe precisar, siguiendo la jurisprudencia constitucional, que el derecho a conainterrogar al testigo de cargo puede ser limitada válidamente ante la imposibilidad de repetir la prueba, con lo cual, son admisibles las pruebas anticipadas. En este orden de ideas, interpretando armónicamente el artículo 29 Superior con los artículos 8.2 de la CADH y 14.2 del PIDCP, se concluye que, en materia penal, el procesado tiene derecho a presentar y controvertir pruebas, lo cual implica el derecho a conainterrogar directamente a los testigos de cargo.

5.2. Contenidos y fines de la diligencia de indagatoria y de su ampliación. En diversas oportunidades, la Corte se ha pronunciado en relación con los contenidos y fines de la diligencia de indagatoria y de la ampliación de ésta, existiendo por tanto unas claras líneas jurisprudenciales en la materia. Así, esta Corporación ha entendido en relación con la diligencia de indagatoria que (i) tiene una

doble connotación jurídica, siendo un medio de defensa del imputado en el proceso, mediante el cual explica su posible participación en los hechos; y es, a su vez, fuente de prueba de la investigación penal, porque le permite al fiscal hallar razones que orienten la investigación a la obtención de la verdad material; (ii) supone el conocimiento inmediato de la acusación y, por ende, permite no sólo la defensa material de la persona inculpada, sino también la oportunidad de escoger desde el principio un apoderado de confianza para adelantar la denominada defensa técnica; (iii) no resulta indispensable, y ni siquiera pertinente, que el abogado defensor formule interrogantes durante la diligencia; (iv) no es la indagatoria el acto procesal indicado para forzar al imputado a que confiese o suministre elementos que posteriormente pueden ser usados en su contra, bajo la velada amenaza en que consiste una exhortación judicial a decir únicamente la verdad; (v) con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso; y (vi) el funcionario judicial puede ordenar la conducción del imputado para realizar la diligencia de indagatoria a la que previamente fue citado, en tanto éste se niega a comparecer y por tanto incumple con su deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia. A su vez, en relación con la ampliación de la diligencia de indagatoria, la Corte ha considerado que (i) en dicha diligencia la persona goza de la más amplia libertad para poner en conocimiento de la autoridad investigadora informaciones y elementos de juicio que complementen e inclusive modifiquen los ya aportados, y simultáneamente puede llevar al sumario la referencia a hechos y situaciones con base en los cuales fundamenta su defensa y fortalece los puntos de vista que su apoderado estima relevantes en relación con las imputaciones que se le formulan; (ii) el funcionario que conduce el proceso no puede negarse a recibir tales ampliaciones de indagatoria, ya que ellas constituyen importante medio de defensa y a la vez ocasión para profundizar en el conocimiento exacto e integral sobre la versión del imputado en torno a los hechos del proceso; y (iii) en todo caso, las ampliaciones de la indagatoria estarán rodeadas de las mismas garantías para el indagado y tendrán igual carácter espontáneo, libre y exento de todo apremio. En este orden de ideas, la diligencia de indagatoria, en un sistema procesal de carácter mixto, es un instrumento para el ejercicio del derecho de defensa, y por ende, se rinde libre de todo apremio, pudiendo la persona guardar silencio en el curso de la misma, no estando obligada a autoincriminarse ni a declarar contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. A su vez, la indagatoria ha sido entendida como un medio de prueba de la investigación penal, porque le permite al fiscal hallar razones que orienten la investigación a la obtención de la verdad material. De allí que, correlativamente, la diligencia de indagatoria podrá ser ampliada únicamente a petición del sindicado o de oficio, "cuando se considere conveniente y sin necesidad de motivación alguna", e igualmente, será ampliada "cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica provisional". Ahora bien, puede suceder que en el curso de una diligencia de indagatoria, el indagado decida, como parte de su estrategia defensiva, declarar contra otro, caso en el cual "se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", con lo cual, los efectos de la mencionada diligencia trascienden el ámbito exclusivo de la determinación de la responsabilidad penal del indagado para entrar en aquella de un tercero, que en este caso sería un coimputado, quien asimismo es titular de su derecho constitucional fundamental de defensa.

5.3. Relaciones entre las figuras del indagado y el testigo. El ciudadano demandante y la mayoría de intervinientes parten de señalar que no se pueden equiparar al indagado con un testigo, puesto que son figuras procesales completamente distintas, con lo cual, el legislador no puede indebidamente equipararlos, puesto que de esta manera estaría vulnerando el artículo 13 Superior. La Fiscalía, por su parte, sostiene que el legislador no equiparó al indagado con el testigo, puesto que "el legislador señala que, ante las manifestaciones inculpativas del imputado en relación con un tercero, se le tratará en hipótesis (no en la realidad) como un testigo, pero no queda la posibilidad de reducir una categoría a la otra sino que ambas continúan con su vida conceptual independiente". La Vista Fiscal, a su vez, considera que cuando quiera que el indagado declara contra otro concurren en él un derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse como procesado que es, y al mismo tiempo, el deber ciudadano de prestar juramento para ratificarse de la declaración que hace contra otro y asumir las consecuencias de ello. Por último, el Ministerio del Interior y de Justicia considera que el defensor del acusado puede solicitar la ampliación del testimonio "diligencia en la cual puede como sujeto procesal interrogar al testigo". Al respecto, la Corte encuentra que existen numerosas diferencias ontológicas entre las figuras del indagado y el testigo. Así, el indagado es (i) sujeto de la acción penal; (ii) sobre él recae la investigación penal; (iii) es titular de los derechos a guardar silencio, no pudiendo ser apreciado tal comportamiento como un indicio en su contra, y a no autoincriminarse, y por ende, la declaración que rinde es voluntaria, libre de todo apremio; (iv) constitucionalmente no está obligado a declarar contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (v) durante la indagatoria debe estar asistido por su defensor de confianza o de oficio, quienes no podrán interrogarlo; y (vi) le asiste el derecho a solicitar la ampliación de su indagatoria. Por el contrario, el testigo (i) no es sujeto de la acción penal; (ii) está obligado a declarar bajo juramento, no pudiendo ser obligado a hacerlo contra sí mismo o contra su cónyuge compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (iii) de llegar a faltar a la verdad o la calle total o parcialmente, puede ser sancionado penalmente por el delito de falso testimonio; y (iv) todos los sujetos procesales pueden interrogarlo. En este orden de ideas, cuando el legislador dispone que si el indagado decide declarar contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, "como si se tratara de un testigo", admitiría, prima facie, dos posibles interpretaciones. Una primera interpretación, sostenida por el demandante y algunos intervinientes, basada en una lectura armónica de los artículos 337 y 342 del C.P.P., apunta a que el legislador efectivamente habría equiparado, para todos los efectos jurídicos, las figuras del indagado y la del testigo, cuando quiera que en el curso de una diligencia de indagatoria una persona decide declarar en contra de otra. De conformidad con dicha interpretación ese "testigo" no podría ser posteriormente citado por el coimputado, con el propósito de contrainterrogarlo, ya que por tratarse del sindicado no podría ser llamado a declarar posteriormente como testigo; tampoco resultaría procedente solicitarse la ampliación de la indagatoria con el propósito de practicar el referido contrainterrogatorio, ya que, de conformidad con el artículo 342 de la Ley 600 de 2000, dicha diligencia sólo podrá ser decretada de oficio o a petición del sindicado o su defensor. Tal estado de cosas, según algunos intervinientes, resultaría contrario al artículo 29 constitucional, en concordancia con los arts. 14.2 del PIDCP y 8.2 de la CADH, por cuanto se estaría vulnerando el derecho a contrainterrogar al testigo, en tanto que elemento del derecho fundamental al debido proceso. Una segunda interpretación

apunta a que el legislador no equiparó las figuras del indagado con la del testigo, que cada una sigue teniendo su propia identidad, con lo cual, lo único que sucede es que, recurriendo a una ficción legal, en el curso de la diligencia de indagatoria se le trata, únicamente y para tales efectos, como si fuera un testigo y no el indagado, con lo cual se le impone el juramento, quedando obligado a decir toda la verdad. De allí que, si bien conserva su calidad de imputado, y por ende nadie distinto a él, su defensor o el fiscal pueden solicitar la ampliación de la indagatoria, también lo es que, siendo a su vez testigo de un hecho punible, pueda ser citado a declarar como tal por la persona a quien acusó durante su indagatoria. Dicha hermenéutica se apoyaría en una interpretación sistemática de la Ley 600 de 2000, la cual conduciría a afirmar que, dado que toda persona está obligada a rendir testimonio bajo juramento cuando se le solicite en una determinada actuación procesal, no estando obligada a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. De acogerse dicha interpretación, no procedería un cargo de inconstitucionalidad por la supuesta vulneración del derecho al debido proceso, en concreto, del derecho a contrainterrogar directamente al testigo de cargo, como quiera que el legislador habría dispuesto que la persona que declaró contra otra durante su indagatoria, podría ser llamada a declarar posteriormente como testigo, en los términos del artículo 266 del C.P.P. Pues bien, la Corte considera que una interpretación sistemática de los artículos 226 y 337 de la Ley 600 de 2000, en armonía con los artículos 29 Superior, 8.2 de la CADH y 14.2 del PIDCP, indica que la persona que durante su indagatoria acusó a otra, podrá ser posteriormente interrogada en calidad de testigo por el coimputado, diligencia durante la cual, por supuesto, el testigo estará amparado por lo establecido en el artículo 33 Superior. De tal suerte que la disposición acusada no vulnera la Constitución si es entendida armónicamente con otras disposiciones legales, constitucionales e internacionales, motivo por el cual no será necesario recurrir en este caso a una sentencia de constitucionalidad condicionada, por cuanto realmente la expresión legal acusada no admite diversas interpretaciones, unas conformes con la Constitución y otras no, sino que debe ser comprendida, como se señaló, en concordancia con otras disposiciones de diferentes rangos; tampoco era preciso, en consecuencia, como lo solicitó la Fiscalía, integrar la unidad normativa con el artículo 342 de la Ley 600 de 2000. En este orden de ideas, la Corte declarará exequible, por el cargo analizado, la expresión "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", del artículo 337 de la Ley 600 de 2000. 6. Cosa juzgada constitucional en relación con la expresión "comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento" del artículo 394 de la Ley 906 de 2004. La Corte debe analizar si, en relación la expresión "comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento" del artículo 394 de la Ley 906 de 2004" ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, teniendo en cuenta lo decidido en sentencia C-782 de 2005. Sobre el particular, conforme lo dispone el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, institución que como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional se configura cuando existe una decisión anterior del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio", fenómeno que se conoce como cosa juzgada constitucional formal. En tal sentido, la Corte en sentencia C-782 de 2005 examinó la constitucionalidad de las expresiones "como testigo" y "comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento" del artículo 394 de la Ley 906 de 2004. En el contenido de la parte resolutive del fallo, como se advierte, no se limitaron los efectos de la decisión al cargo analizado: "Declarar EXEQUIBLE las expresiones "como testigo" incluida en el título y "comparecerán como testigos bajo la gravedad del juramento", contenidas en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que el juramento prestado por el acusado o coacusado declaranté no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta; y que, en todo caso, de ello se le informará previamente por el juez, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no autoincriminarse. Ni del silencio, ni de la negativa a responder, pueden derivarse consecuencias penales adversas al declarante." A lo largo del texto de la sentencia, a su vez, fueron confrontadas in extenso las expresiones legales acusadas con los derechos fundamentales al debido proceso penal y al derecho a la no autoincriminación, analizando detenidamente las figuras del acusado y del testigo en el nuevo sistema acusatorio. En la presente oportunidad, igualmente, el demandante argumenta que los mismos contenidos normativos vulneran el artículo 29 Superior, en concordancia con algunas disposiciones de tratados internacionales sobre derechos humanos. En este orden de ideas, la Corte declarará estarse a lo resuelto en sentencia C-782 de 2005 en relación con la expresión "comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento", del artículo 394 de la Ley 906 de 2004. VI. DECISION. En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE: Primero.- Declarar exequible, por el cargo analizado, la expresión "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo", del artículo 337 de la Ley 600 de 2000. Segundo. Estarse a lo resuelto en sentencia C-782 de 2005 en relación con la expresión "comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento", del artículo 394 de la Ley 906 de 2004. Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Presidente IMPEDIDO. JAIME ARAUJO RENTERÍA Magistrado CON ACLARACION DE VOTO. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Magistrado. RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado. MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado. NILSON PINILLA PINILLA Magistrado. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado. ALVARO TAFUR GALVIS Magistrado. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Magistrada. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General. ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-537 DE 2006 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA. Referencia: expediente D-6007. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 337 de la Ley 600 (parcial) y 394 de la Ley 906 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, por cuanto en su momento discrepé de la sentencia C-782 de 2005, decisión ésta última a la que se atiene a lo resuelto el presente fallo, en el segundo inciso de su parte resolutive, razón por la cual considero que los argumentos expuestos en el salvamento en mención son válidos también en el presente caso, argumentos a los cuales me remito. Con fundamento en la razón expuesta, aclaro mi voto a la presente sentencia. Fecha ut supra, JAIME ARAUJO RENTERÍA Magistrado.

ANEXO 9: Sentencia Corte Suprema Rol 6165-2009, de fecha 4 de noviembre de 2009, que en

los considerandos pertinentes señala: NOVENO: Que como ya ha sido resuelto en ocasiones anteriores, en las causas números de ingreso 4954-08, 1414-09 y, más recientemente, 4164-09, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, le confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. "En torno a los tópicos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, veredictos motivados o fundados, etc.; en tanto que, por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber, el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referidos principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa." DÉCIMO: Que de lo expuesto, aparece evidente la prohibición impuesta al tribunal, en orden a incorporar pruebas de cargo o descargo de forma oficiosa, toda vez que sólo puede ejercer la actividad que el artículo 329 del Código Procesal Penal expresamente le faculta, en el sentido que los miembros del tribunal pueden formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos, ya que "el supuesto de la norma es que la prueba testimonial o pericial respectiva, ya fue presentada por uno de los intervinientes en la controversia, sin tener en su producción ninguna injerencia el tribunal ante el cual se rinde, y por otro lado sus preguntas aclaratorias sólo se producen luego de ejecutado el examen y contraexamen pertinente, potestad que, sin lugar a dudas, en los casos que se decida ejercerla -como ya se ha tenido oportunidad de advertir, deberá serlo con la mayor prudencia posible, recordando los jueces siempre como coto, que es función exclusiva de las partes incorporar la evidencia en juicio, y mantenerse ajenos al debate adversarial entre ellas." (Rol 4164-09). UNDÉCIMO: Que en la forma que ya antes se dejó consignada, producto de lo estipulado en el cuerpo del mismo recurso y de lo que fue posible escuchar en la audiencia, a través de la prueba de audio rendida por la defensa y completada por el Ministerio Público, es efectivo que el Sr. Juez Ricardo Leyton Pavez, no se limitó a dar cumplimiento a la norma del artículo 310 respecto de la víctima, menor de edad, sino que de la prueba rendida aparece claramente que excedió a lo pedido por el fiscal, agregando antecedentes y datos no sólo a las preguntas que hacía al testigo, sino que incluso realizando algunos aditamentos a sus respuestas. Del mismo modo, al tiempo de proceder a las aclaraciones, a las que se encontraba expresamente facultado por la ley en el artículo 329 del Código Procesal, requirió mayor información a la que ya había sido vertida en el juicio, de modo que no sólo aclaró dichos, sino que facilitó la incorporación de nuevos datos al juicio, lo que constituye producción de prueba por parte del tribunal. DUODÉCIMO: Que, en consecuencia, la denuncia que formula la defensa de los imputados a través de la causal a) del artículo 373 del Código Procesal, es efectiva, porque el tipo de preguntas practicadas se alejan totalmente de los términos que contiene y faculta el artículo 329 del Código Procesal Penal, cuestión que fue representada al Sr. Juez, al menos en dos oportunidades, siendo una de ellas acogida, precisamente porque el juez consideró que había incurrido "en la ausencia de imparcialidad necesaria". DECIMOTERCERO: "Que esta Corte -en cuanto a la garantía constitucional del debido proceso-, como ya se anticipó, condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional, desde luego a la existencia de un órgano dotado de la prerrogativa de conocer y juzgar una causa civil o criminal, en los términos del artículo 73 de la Carta Magna y, en seguida, a que el pronunciamiento sea corolario de un proceso previo, que en el sentir del constituyente, esté asegurado por reglas formales que conformen un racional y justo procedimiento e investigación, cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que prevea una fase indagatoria que no se aparte de las normas de actuación del ministerio público, de un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba pertinente en las audiencias realizadas ante el Juzgado de Garantía o ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal." (Rol 4164-09). El principio contradictorio que rige en el nuevo sistema penal, constituye un elemento del derecho a defensa y, asimismo, del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria. "En este entendido, cuando el tribunal decide de propia iniciativa llevar a cabo un improcedente interrogatorio, en el que no sólo excede los márgenes de lo legalmente permitido que son las preguntas aclaratorias, sino que lo que hace en realidad es suplir eventuales insuficiencias en la información lograda transmitir por el persecutor y-o de la defensa, de suerte que se entromete en el debido desarrollo del proceso, transgrede el principio de contradicción y, de paso, afecta su propia imparcialidad, y en algunos pasajes derechamente manifestando su dictamen sobre la cuestión pendiente, lo que no puede ser tolerado." (Rol 4164-09). DECIMOCUARTO: Que la conducta desplegada por el Juez de Garantía resulta agravante para la igualdad de posiciones que debe existir entre los litigantes, puesto que suple o corrige deficiencias en la actividad del Ministerio Público, sumando a su cometido de órgano jurisdiccional objetivo e imparcial, una actividad ajena al mismo, como la incorporación de oficio de información que debió ser producida legalmente en el proceso por quien soporta esa carga. Esa posición desfavorable o desventajosa en que deja sumida a la defensa, afecta el debido proceso, toda vez que priva a esa parte de la posibilidad de obtener en el ejercicio de sus derechos como interviniente, una decisión jurisdiccional favorable, cuestión que en definitiva constituye la trascendencia del perjuicio requerido por la nulidad procesal, con quebranto de las normas relativas a la garantía ya aludida consagrada en el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Constitución Política de la República. Lo anterior, toda vez que no resulta posible separar la prueba producida con la intervención del magistrado, de aquélla que fue legalmente introducida al juicio por las partes, habiéndose pronunciado en este escenario una decisión de condena.

Anexo 10: INSTRUCTIVO N° 5 DE LA FISCALÍA NACIONAL, SOBRE LA LEY DE DROGAS, DE FECHA 27 DE ENERO DE 2005. DE: SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO. A: SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS, DIRECTORES DE UNIDADES ESPECIALIZADAS Y ASESORES JURÍDICOS.

El presente Oficio tiene por objetivo proporcionar antecedentes sobre el contenido, naturaleza y alcances de la denominada cooperación eficaz, contemplada en el artículo 22 de ley 20.000, antiguo artículo 33 de la ley 19.366. Para la mejor comprensión de este Oficio, este se divide en las siguientes partes: 1.- Marco normativo; 2.- Concepto legal; 3.- Informaciones o datos calificables como eficaces; 4.- Calificación de eficacia de una información o dato; 5.- Reconocimiento e invocación de la cooperación eficaz; 6.- Efectos de la cooperación eficaz para el fiscal; 7. Efectos jurisdiccionales de la cooperación eficaz; y 8.- Relación entre la cooperación eficaz y la atenuante genérica del artículo 11 N° 9 del Código Penal. 1.- Marco normativo. En el artículo 22 de la ley 20.000 se establecerá y regulará la cooperación eficaz, disposición que se mantiene en similares términos a los contemplados en la ley 19.366, con algunas modificaciones que dicen relación con la forma de determinar la pena, lo que será analizada más adelante. Tenor literal de la disposición es: "Artículo 22.- Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados. Sin embargo, tratándose del delito contemplado en el artículo 16, la reducción de la pena podrá comprender hasta tres grados. Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero. El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero. Si con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz, deberá solicitarlos fundadamente. El fiscal requirente, para los efectos de efectuar la diligencia, deberá realizarla en presencia del fiscal ante quien se prestó la cooperación, debiendo este último previamente calificar su conveniencia. El superior jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento. La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales." 2- Concepto legal: Dos son las hipótesis en las cuales la entrega de información por parte de una persona puede llegar a ser calificada por los fiscales del Ministerio Público como una cooperación eficaz. En efecto, según el texto legal, la cooperación eficaz consiste en el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente: a) Primera hipótesis: Al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables. La expresión "esclarecimiento de los hechos investigados" tiene un alcance procesal y se refiere a la determinación de la existencia del hecho punible mismo. A su turno, la identificación de los responsables debe recaer sobre determinados sujetos enunciados por la norma: autores, cómplices o encubridores del mismo delito investigado. b) Segunda hipótesis: Sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley de Drogas. En esta hipótesis, se tratará de un hecho delictual diferente al investigado por el fiscal, distinto de aquel al que se encuentra avocado, pero también constitutivo de alguno de los ilícitos previstos en la misma ley. Si se reúnen los requisitos legales para calificar a una información o dato como eficaz, por aplicación del principio de objetividad establecido en el artículo 3º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales se encuentran en la obligación de hacer dicha calificación e invocar la eficacia de la cooperación prestada y, por tanto, considerar como concurrente una causal atenuante al momento de solicitar la pena a imponer en la respectiva acusación. Los elementos más característicos de esta institución son, básicamente los siguientes: a) Constituye una herramienta de política criminal con la que cuenta el Ministerio Público, que cumpliendo ciertos requisitos provoca efectos de circunstancia modificatoria de responsabilidad, específicamente de atenuante. b) Los efectos en cuanto a la rebaja de la pena, están contemplados en los incisos primero, segundo y sexto del artículo 22 de la nueva Ley de Drogas. 3.- Informaciones o datos calificables como eficaces en el sentido del artículo 22 Ley N° 20.000. Según se desprende de la redacción del artículo 22, un dato es preciso cuando éste es exacto, cierto o determinado (segunda acepción, Diccionario de la Real Academia Española). A su vez, una información es verídica cuando dice la verdad; y es comprobable cuando el hecho que contiene el dato o información se puede contrastar, es decir, puede ser sometido a un examen de su veracidad o falsedad (en sentido contrario, la veracidad o falsedad de las opiniones, por ejemplo, no es comprobable, porque ellas no pueden ser sometidas a dicho examen). De esta forma, una información o dato es eficaz en el sentido del artículo 22 de la nueva Ley de Drogas cuando pone al fiscal en conocimiento de un hecho que sirve para la averiguación del mismo delito investigado, sus autores, cómplices o encubridores o cuando sirve para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley de Droga, siempre que dicha información sea determinada, verdadera y verificable o contrastable. Así, la cooperación es eficaz cuando por ella se entregan informaciones o datos con los cuales el Ministerio Público pasa a tener la posibilidad real, evaluada en concreto, de asegurar la persecución penal del delito investigado y/o de obtener otros responsables de ese mismo delito; o de prevenir la perpetración o de impedir la consumación de otro delito de la Ley de Drogas de igual o mayor gravedad que aquel en el que se encuentra investigado originalmente el cooperador. Por tanto, respecto de la primera hipótesis, la cooperación es eficaz cuando, en el caso concreto, la información proporcionada permita al Ministerio Público: a) Contar con medios de prueba de la existencia del hecho punible que, racionalmente, de otra forma no hubiese podido obtener; o b) Identificar a otros responsables del mismo delito, respecto de los cuales, al menos pueda formalizárseles la investigación con los datos proporcionados por el cooperador. Respecto de la segunda hipótesis, la cooperación es eficaz cuando, en el caso concreto, la información proporcionada permita al Ministerio Público interrumpir la realización de los actos ejecutivos de otro delito de la Ley de Drogas de igual o mayor gravedad, previniendo o impidiendo su perpetración o consumación. Para este caso, la redacción de la norma parece no hacer necesaria que la información permita la identificación de otros responsables del delito prevenido o impedido, aunque si los antecedentes

permiten dicha identificación, la labor investigativa debe orientarse también a determinar dichas responsabilidades. 3.1.- Autoridad ante quien se proporcionan las informaciones o datos por el cooperador. La declaración del cooperador puede prestarse ante un fiscal del Ministerio Público o ante el Juez de Garantía o ante la policía, quienes deberían guardar la debida reserva, tanto del contenido de la declaración como de la identidad del declarante (Cfr. Oficio FN N° 334 de 11.07.2002) Todo ello sin perjuicio que el Fiscal respectivo tome la declaración personalmente al sujeto que ha prestado la colaboración. 3.2. Oportunidad en que una persona puede proporcionar datos o informaciones que eventualmente pueden llegar a constituir una cooperación eficaz. 3.2.1. Regla general. La entrega por parte de una persona de datos e informaciones que eventualmente puedan llegar a constituir una cooperación eficaz, podrá hacerse en cualquier etapa o momento que permitan al fiscal verificar que esos datos e informaciones proporcionados son precisos, verídicos y comprobables y sirvan para alguna de las dos hipótesis de la cooperación eficaz. Por tanto, las oportunidades para recibir esas informaciones son durante la investigación preliminar o formalizada, o la etapa intermedia, teniendo siempre presente que, de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, el límite natural es la acusación, por la necesidad de contar con un período adecuado que le permita al fiscal verificar si la información es eficaz o no en sentido del artículo 22 de la nueva Ley de Drogas. En suma, puede ocurrir que un imputado por infracción a la Ley N° 20.000 preste su colaboración con anterioridad a que esté formalizado en una investigación (Lo anterior dado que si la ley señala que la audiencia de formalización es una de las oportunidades en que el fiscal puede reconocer la eficacia de la cooperación prestada, debe concluirse que en este supuesto los datos e informaciones fueron proporcionados por el sujeto antes de que adquiriera la calidad de imputado), sea simplemente un sujeto investigado, sea un imputado y, eventualmente, un acusado. 3.2.2. Fiscal ante quien pueden proporcionarse los antecedentes que eventualmente constituirán la atenuante de cooperación eficaz. En este punto, es necesario distinguir entre las dos hipótesis de la cooperación eficaz a que se hace referencia en el apartado 2 de este Oficio. a) Respecto de la primera hipótesis (informaciones o datos eficaces para el esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables), generalmente el fiscal ante al que deben proporcionársele los datos o informaciones es el mismo que conduce esa investigación. Sin embargo, existe la posibilidad de que una persona investigada o un imputado decida proporcionar antecedentes o informaciones que pueden llegar a ser eficaces ante un fiscal distinto al que lleva su investigación. En este caso, el segundo fiscal deberá recibir las informaciones y remitirlas al fiscal de la investigación lo más pronto posible. b) Respecto de la segunda hipótesis (informaciones o datos que sirvan para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley de Drogas), las posibilidades son que la información sea proporcionada por el imputado Ante el mismo fiscal que dirige la investigación en la cual se encuentra imputado; o b) Ante un fiscal diverso de aquél que lo investiga. Si la información es prestada ante el mismo fiscal que dirige la investigación en la cual el cooperador está imputado, no existe problema alguno, ya que este fiscal deberá evaluar la concurrencia de la atenuante, declararlo así e invocarla en la investigación que lleva adelante, respecto de ese imputado cooperador. Por el contrario, si la información es prestada ante otro fiscal, distinto del que lo está investigando, y los datos proporcionados sirven para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley de Drogas, es decir, la cooperación es eficaz, el fiscal receptor de la información deberá desarrollar las actividades conducentes a verificar los datos e informaciones proporcionados por el cooperador, como si se tratara de cualquier denuncia. Un problema diferente es cuál de esos fiscales debe calificar la eficacia de la cooperación prestada, problema que se analiza en el apartado siguiente. 4.- Calificación de la eficacia de una información o dato. La calificación por parte de los fiscales del Ministerio Público que las informaciones o datos proporcionados han sido eficaces en el sentido del artículo 22 antes analizado, es una facultad que exclusivamente les corresponde a ellos. La calificación acerca de si la colaboración prestada por el imputado es eficaz o no le corresponde exclusivamente al Ministerio Público, en las oportunidades que señala la ley, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales que, por disposición de la Constitución, no le corresponden al Ministerio Público. La calificación de que un dato o una información es eficaz es la conclusión a que llega un fiscal cuando, analizados los datos e informaciones prestados por el cooperador, estos reúnen los requisitos legales para ser considerados eficaces. A esta conclusión debe llegarse por el análisis ponderado de los antecedentes que constan en la carpeta de investigación, de forma que cualquiera que sea el fiscal que haga el mismo análisis, llegaría a la misma conclusión. Uno de los supuestos de esta figura es que el cooperador tenga la calidad de imputado por alguno de los delitos previstos y sancionados en la Ley N° 20.000 (Es necesario destacar que el artículo 25 letra d) de la Ley N° 19.913 hace expresamente aplicable a los delitos previstos en los artículos 19 y 20 de dicha Ley, las normas sobre cooperación eficaz contenidas en la Ley N° 19.366, referencia que debe entenderse formulada al actual artículo 22 de la Ley N° 20.000). Luego, no podrá ser calificada como eficaz la cooperación prestada por quien no sea imputado de este tipo de delitos (Cfr. Oficio FN N° 486, de 12.11.2001). 4.1.- Fiscal que debe efectuar la calificación. En este sentido, la regla general indica que dicha calificación debe ser efectuada por aquél fiscal a quien la cooperación le ha sido eficaz en cualquiera de las dos hipótesis, independiente de si es el mismo fiscal o no el que deba invocarla en el juicio en que el cooperador sea imputado. Lo anterior, se fundamenta en el principio de la unidad de acción que rige al Ministerio Público, en virtud del cual las actuaciones de cada uno de sus fiscales adjuntos constituye la actividad como una unidad del órgano persecutor, de forma tal que si para un fiscal una cooperación prestada ha sido eficaz, deba también serlo para otro, atendido, además, el principio de objetividad. 4.2.- Delitos comprendidos en la cooperación eficaz. La cooperación eficaz puede ser prestada por un imputado de ilícitos de las Ley 20.000 y de la Ley 19.366 y respecto de cualquiera de los ilícitos previstos y sancionados tanto en la nueva Ley de Drogas como en la ley 19.366 (que mantengan su vigencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º transitorio de la Ley N° 20.000). 5. Reconocimiento e invocación de la cooperación eficaz. Una cuestión diferente es el reconocimiento o invocación que un fiscal realiza en el sentido que la cooperación prestada ha sido por él calificada como eficaz, porque se cumplen los requisitos legales. 5.1.- Presupuestos para invocar la atenuante. a) El cooperador eficaz debe tener la calidad de imputado en una investigación por infracción a la Ley de Drogas al momento de reconocérsele esta atenuante por parte del Ministerio Público (Cfr. Oficio FN N° 486 de 12.11.2001). b) La calificación de si la colaboración prestada es eficaz le corresponde exclusivamente al Ministerio Público, al igual que su reconocimiento (NOTA). Lo anterior dado que de acuerdo a la lógica de la estructura diseñada por el legislador, siendo el Ministerio Público el órgano que por mandato constitucional y legal dirige en forma exclusiva la persecución criminal, es por tanto el organismo que aquilata y pondera los antecedentes que obren en su poder, orientando la

investigación. Frente a esta realidad, el legislador modificó la Ley N° 19.366 por medio de la ley 19.806, sacando la facultad de reconocer la eficacia de la cooperación prestada por imputado a los tribunales, y entregándosela al Ministerio Público. En efecto, el artículo 33 de la ley 19.366 en su inciso tercero, y en iguales términos el actual artículo 22 inciso cuarto de la Ley N° 20.000, establecen: "El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz en relación con los fines señalados en el inciso primero". De conformidad a lo expresado anteriormente, no podría un tribunal reconocerle a un imputado la atenuante de colaboración sustancial, sin que previamente lo haya hecho el Ministerio Público, por los fundamentos que pasan a exponerse. a) Al estar dentro de la esfera de las atribuciones del órgano persecutor dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y los que determina en la participación punible, no podrían los Tribunales estar en conocimiento de la concurrencia de los requisitos para la procedencia de la colaboración eficaz, toda vez que el suministro de datos e informaciones precisos, verídicos y comprobables, otorgados por el imputado y que contribuyen y conducen a la determinación de los hechos investigados o a la identificación de los responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la misma ley, solo va a poder ser aquilatado y verificado por el ente persecutor, durante la investigación y en etapa previa a la realización del respectivo juicio oral o abreviado. b) Al entender la citada norma de otra manera, estaríamos ante letra muerta, toda vez que la norma en cuestión no produciría efecto alguno, ya que si los tribunales tuvieran la facultad de reconocer la cooperación eficaz con independencia de la invocación por parte del Ministerio Público, esta atenuante especial dejaría de tener la naturaleza de herramienta de política criminal, no habiendo ninguna diferencia (salvo por la cuantía de la rebaja de pena) con la atenuante general de colaboración sustancial recogida en el numeral 9º del artículo 11 del Código Penal. c) Durante la tramitación de la Ley N° 19.806 (ley adecuatoria) se sostuvo que es el Ministerio Público el encargado de ponderar el mérito de la cooperación, ya que de esta forma se logra el efecto deseado con el establecimiento de esta atenuante; en el mismo informe se contiene que es necesario que el Ministerio Público exprese la circunstancia de haberse prestado la cooperación eficaz en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, sin perjuicio de que el interesado lo invoque si así no se hiciera. Asimismo, al no haberse aprobado en definitiva una propuesta en el sentido de entregarle al imputado la facultad de reclamar por la falta de reconocimiento de la cooperación eficaz por parte del fiscal, se confirma que este reconocimiento es una facultad que se encuentra radicada ante el órgano persecutor, dejando entregado al tribunal la determinación posterior de la pena, en torno a la rebaja de grados que se permite aplicar. d) Sólo con esta interpretación se dota de contenido a la norma que prescribe que "El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz con relación a los fines del inciso primero". La correspondiente armonía de la norma está dada por el principio de objetividad que rige al Ministerio Público y que está consagrado en el artículo 3º del Código Procesal Penal y artículo 1º y 3º de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y que se traduce en que los Fiscales en el ejercicio de su función, deben adecuar su actuar a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen. Como secuencia de lo antes indicado pueden darse las siguientes situaciones: a.- El Ministerio Público no ha calificado de eficaz la cooperación: En este caso el tribunal no podrá pronunciarse sobre la concurrencia en el caso de la cooperación eficaz, pues de hacerlo, la sentencia dictada en dichos términos adolecería de un vicio de nulidad, que habilita la interposición del recurso correspondiente por errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. (artículos 372 y 373 b) del Código Procesal Penal); b.- El Ministerio Público ha calificado de eficaz la cooperación prestada, en este caso el tribunal, en virtud de sus facultades jurisdiccionales, ha de pronunciarse sobre la concurrencia o no de la cooperación eficaz. 5.2. Oportunidades en que el fiscal debe reconocer e invocar la eficacia de la cooperación prestada. 5.2.1.- Oportunidades generales: La ley ha establecido en el inciso cuarto del artículo 22 de la nueva Ley de Drogas, que el fiscal debe expresar en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación si la cooperación prestada por el imputado ha sido o no eficaz. Si el reconocimiento de la eficacia de la cooperación prestada por el imputado es hecha por el fiscal en la acusación, debe tenerse presente que de acuerdo al artículo 259 letra c) del Código Procesal Penal, es en esta oportunidad cuando el fiscal debe indicar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren, incluyendo entre ellas la atenuante de cooperación eficaz. 5.2.2.- Oportunidad excepcional: Reconocimiento durante la audiencia de preparación del juicio oral. A pesar del tenor literal del inciso cuarto del artículo 22 de la ley, una interpretación sistemática de las normas debe llevar a concluir que la declaración e invocación por parte del fiscal de la eficacia de la cooperación prestada también puede hacerse en la audiencia de preparación del juicio oral, mediante la modificación de la acusación, para el solo efecto de ir a un procedimiento abreviado (Cfr. Oficio FN N° 334 de 11.07.2002). Teniendo presente que el fiscal puede modificar su acusación en la audiencia de preparación del juicio oral para los efectos de proceder conforme al procedimiento abreviado (artículo 407 del Código Procesal Penal), eventualmente cabe la posibilidad de que esta atenuante sea reconocida por el Ministerio Público, si en el tiempo intermedio entre la acusación y la fecha de realización de la audiencia de preparación de juicio oral, los datos e informaciones proporcionados por el cooperador llegan a reunir los requisitos establecidos por la norma. 6.- Efectos de la cooperación eficaz para el fiscal. Cuando el fiscal reconozca e invoque la cooperación eficaz, debe considerarla para efectos de la pena que va a solicitar en concreto. El inciso final del artículo 22 contiene una nueva regla de individualización de la pena cuando concurra la atenuante de cooperación eficaz, que señala: "La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurren; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales." En este caso, la pena se determina o individualiza de la siguiente forma: 1. Primero se aplican las reglas generales de determinación de la pena (grado de participación); luego, se aplican las de individualización, haciendo operar los aumentos y rebajas por la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes generales que concurren; 2. A continuación, se aplica la rebaja contemplada en el inciso final del artículo 22 de la nueva Ley de Drogas, por efecto de la concurrencia de esta circunstancia modificatoria especial (cooperación eficaz). Para determinar la pena en concreto a solicitar en la acusación, la ley le entrega a la cooperación eficaz un efecto atenuante de hasta dos grados de pena; y tratándose del delito de asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N° 20.000, se autoriza una rebaja de hasta tres grados de pena. 7.- Efectos jurisdiccionales de la cooperación

eficaz. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 62, no se aplicará ninguna de las medidas alternativas contempladas en la ley N° 18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en esta ley o en la ley N° 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya o no cumplido efectivamente la condena. Sin embargo lo anterior no se aplica cuando al sentenciado le sea reconocida la cooperación eficaz. 8.- Relación entre la cooperación eficaz y la atenuante genérica del artículo 11 N° 9 del Código Penal (Cfr. Oficio FN 334, de 11.06.2002). En lo que respecta a la relación entre esta atenuante y la cooperación eficaz, es necesario precisar que esta última es una forma específica y privilegiada de colaboración con la autoridad y que por tanto, tiene un tratamiento especial y diferenciado de las restantes atenuantes genéricas. Luego, la concurrencia de la cooperación eficaz resulta incompatible con la del 11 N° 9 del Código Penal, cuando se base en los mismos antecedentes, ya que existe entre ellas una relación de especialidad que se resuelve por el principio de consunción en la que el artículo 22, absorbe a la norma supletoria que es la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal. Sin embargo, hay que tener presente que en la práctica podrán darse casos en los que se cumplan los requisitos de la atenuante genérica porque el imputado ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, pero no obstante, no se den el resto de los requisitos que exige el inciso primero del artículo 22, debiendo aplicarse en este caso, sólo la atenuante del N° 9 del artículo 11. Esta es una situación que deberá ser analizada y ponderada en cada caso por el respectivo fiscal. En síntesis, la aplicación de esta atenuante genérica no cubre los supuestos previstos en el artículo 22, lo que justifica el tratamiento específico y privilegiado de esta última, siendo por tanto, ambas circunstancias modificatorias excluyentes entre sí contando con los mismos antecedentes. El Oficio N° 334 de 11 de julio de 2002, sobre las modificaciones de la Ley 19.806 a la Ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en materia de cooperación eficaz, se mantiene vigente respecto de los delitos cometidos con anterioridad a la publicación de la Ley 20.000. Agradeceré a los Sres. Fiscales Regionales distribuir este oficio a todos los fiscales adjuntos y adoptar las medidas que procedan a fin que quienes deban intervenir en investigaciones y procesos por infracciones a la Ley N° 20.000 estén debidamente informados de las modificaciones legales y de los criterios generales de actuación adoptados por este Fiscal Nacional, sin perjuicio de las instrucciones específicas que les puedan ser impartidas por Uds. en sus correspondientes territorios, en los casos concretos que se les consulten. Se deberá tener presente que no corresponde a este Fiscal Nacional instruir sobre la actuación procedente en las situaciones particulares en que deban intervenir, debiendo por tanto estar debidamente preparadas las Fiscalías Regionales para adoptar las decisiones pertinentes. Saluda atentamente a UDS., GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Anexo 11: INSTRUCTIVO N° 8 DE LA FISCALÍA NACIONAL, SOBRE LA LEY DE DROGAS, DE FECHA 2 DE FEBRERO DE 2005: DE SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO A: SRES. FISCALES REGIONALES, FISCALES ADJUNTOS, ABOGADOS ASESORES, AYUDANTES DE FISCAL. ANTECEDENTES.

El presente Oficio aborda las técnicas de investigación y las medidas investigativas del Ministerio Público, de acuerdo a la Ley N° 20.000, así como también entrega algunos criterios generales de actuación en la materia. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN: Con la dictación de la nueva normativa en materia de drogas, se realizaron profundas modificaciones, entre ellas las referidas a las técnicas de investigación criminal. En el Título II de la Ley N° 20.000, denominado "De las técnicas de investigación", se regulan la entrega vigilada o controlada, ciertas medidas intrusivas, y el agente encubierto, revelador e informante. 1.- ENTREGAS VIGILADAS O CONTROLADAS: Sobre esta materia se han dictado los Oficios N° 551, de fecha 14 de diciembre de 2001 y N° 333 de fecha 11 de julio de 2002, éste último comenta las modificaciones introducidas por la ley N° 19.806 a la ley N° 19.366 en materia de entregas vigiladas. Marco Normativo. Título II, Párrafo I artículo 23 de la Ley N° 20.000. 1. Concepto. Entrega Vigilada. Se puede definir como la circulación autorizada por el Ministerio Público, en el territorio nacional (salgan de él o entren en él), de una remesa de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales, o los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y sus efectos, sin interferencia de la misma pero bajo la vigilancia de la autoridad, con el fin de identificar o descubrir a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos. 1.1.1. Entrega Controlada. Entendemos por entrega controlada la circulación autorizada por el Ministerio Público, en el territorio nacional (salgan de él o entren en él), bajo el control de la autoridad, de una remesa de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales, o de las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente o los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y sus efectos, mediando la intercepción de la misma, con el fin de identificar o descubrir a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera tales delitos. Sustitución total o parcial de la droga. La entrega sustitutiva es una variante de la controlada, es decir, implica que se den todos los supuestos mencionados a su respecto, pero habilita para realizar la sustitución total o parcial de la sustancia ilícita o sospechosa interceptada, por una inocua. Esta modificación se encuentra en armonía con las normas internacionales, en especial cabe destacar lo estatuido por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena el 20.12.1988 (Ratificada por Chile y promulgada mediante Decreto N° 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 20 de agosto de 1990), en su artículo 11.3: "Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan". (cursiva agregada) 1.1. Aplicación. 1.3.1 El Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias (contenidas en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 20.000), o las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente, los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y los efectos de tales delitos, se trasladen, guarden, intercepten o circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él,

bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente. 1.3.2 Esta técnica de investigación puede utilizarse cuando se presume fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, la individualización de las personas que participen en la ejecución de los delitos previstos en la ley de drogas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies reseñadas en el acápite anterior o prevenir y comprobar cualquiera de los delitos señalados. 1.3.3 De acuerdo al artículo 23 inciso 3º de la ley 20.000: "Cuando las sustancias, instrumentos y efectos del delito se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación" (Sesión 1ª, de 5 de octubre de 2004. Cámara de Diputados, p.16: "El Ministerio Público expresó en la Comisión (Especial de Drogas) que, no obstante existir normas que otorgan atribuciones a las autoridades competentes en esta materia, en la práctica se han generado dificultades de los procedimientos de entrega vigilada entre el Servicio de Aduanas y las policías. Por ello, estima necesario explicitar que el Ministerio Público pueda disponer las diligencias procedentes a fin de asegurar el éxito de la investigación, incluso mediante la disposición de drogas que se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera..."El artículo 2 número 1 de la Ordenanza de Aduanas (D.F.L. Nº 2/97, publicado el 21.07.1998. Ministerio de Hacienda) señala que se entiende por Potestad Aduanera. A su turno, este mismo artículo en su número 5 define a la Zona Primaria.) 1.1. Particularidades de esta técnica. 1.4.1 Detención por flagrancia y plazos de detención. El inciso tercero del artículo 23 de la Ley Nº 20.000 admite expresamente en caso de peligro para la vida o integridad de funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, el proceder a la detención en virtud de flagrancia. Por otra parte, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley Nº 20.000: "Tratándose de la investigación de los delitos establecidos en esta ley, el plazo contemplado en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días, cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. El juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo prevenido en el artículo 9º del Código Procesal Penal." Esta norma faculta al juez de garantía a ampliar hasta cinco días el plazo para formalizar la investigación y solicitar, consecuentemente, la aplicación de alguna de las medidas cautelares, modificándose de esta forma el plazo general de tres días establecido en el artículo 132 del Código Procesal Penal. La norma antes transcrita fue incorporada por el Senado en el Segundo Trámite Constitucional, haciendo referencia al plazo establecido en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal. En el tercer trámite constitucional, la Cámara de Diputados, siguiendo la propuesta de la Comisión Especial de Drogas, (Informe de la Comisión Especial de Drogas, tercer trámite constitucional/ Cámara de Diputados sobre las modificaciones del Honorable Senado al proyecto que sustituye la ley Nº 19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. (boletín 2439-20-3), p.124-125.) rechaza el texto aprobado por el Senado, atendido que considera que la referencia debía ser hecha al inciso segundo del artículo 131 del Código Procesal Penal, ampliando el plazo para el control de detención. Frente a esta disparidad de criterios, la Comisión Mixta acuerda aprobar el artículo en el tenor planteado por el Senado, es decir, haciendo remisión a la ampliación del plazo establecido en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal, plazo para formalizar la investigación, quedando definitivamente aprobado el artículo 39 de acuerdo a dicho tenor. Aún así, este Fiscal Nacional no ve obstáculo jurídico alguno para solicitar al respectivo juez de garantía el aumento del plazo previsto en el artículo 131 del Código Procesal Penal para el control de la detención, fundándose para ello en la expresa autorización que contiene el artículo 19 número 7 letra c) inciso segundo de la Constitución, procediendo el fiscal siempre que el juez lo autorice por resolución fundada. En suma, consideramos que el fiscal a cargo del caso está facultado para: Solicitar al juez de garantía, en virtud de lo prescrito por la Constitución Política de la República, en su artículo 19 Nº 7 letra c) inciso 2º, ampliación del plazo para poner al detenido a su disposición hasta por cinco días. Como segunda hipótesis, podrá el fiscal al momento del control de detención, solicitar al tribunal la ampliación del plazo para formalizar, en conformidad a lo previsto en el artículo 39 de la Ley 20.000 y además solicitar que autorice la participación del detenido en la entrega vigilada. 1.4.2 Detención por orden judicial. El Ministerio Público puede disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que ordene la detención de los partícipes y la incautación de las sustancias y demás instrumentos, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación. El presupuesto establecido en el artículo 23 inciso cuarto de la Ley Nº 20.000 gira en base al peligro en la vida o integridad de determinados sujetos, situación de facto que será conocida por el fiscal de acuerdo a los antecedentes que le entregue la policía que participa en la técnica de investigación. 1.4.3 Medidas especiales. En esta materia se ha dispuesto con carácter de imperativo, que el Ministerio Público debe adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes objeto de esta técnica de investigación, como asimismo para proteger a todos los que participen en la operación. Atendido que no se indican cuales son estas medidas, ello queda a criterio del fiscal de acuerdo a la situación en concreto. Como lo ha instruido este Fiscal Nacional, mientras circula la remesa de especies y bienes a que alude el inciso primero del artículo 23 de la Ley Nº 20.000, deben estar sometidos a una rigurosa vigilancia por parte del fiscal a cargo de la investigación, pero como él no podrá naturalmente estar presente en la operación, deberá impartir estrictas instrucciones y exigencias de reportes y levantamientos de actas a la Policía y a el o los funcionarios que esté a cargo de la realización de la diligencia. Ello, a fin de poder garantizar la posterior detención del remitente del envío; por tal motivo, se recomienda a los fiscales ser muy rigurosos, en el sentido de dejar la debida constancia en los registros para permitir la posterior imputación de esos hechos a quienes resulten aprehendidos (Cfr. Oficio FN Nº 333 de fecha 11 de julio de 2002) Se hace mención expresa que en el plano internacional la entrega vigilada o controlada se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales. (Es así como nuestro país ratificó en 1990, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. También podemos mencionar el Convenio Administrativo entre La República de Chile y La República del Perú sobre Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en virtud del cual las partes " Se prestarán la cooperación necesaria para la realización de operaciones conjuntas en zonas de frontera, con observancia de los derechos inherentes a la soberanía nacional de cada una de las Partes Contratantes, cuando se trate de casos relacionados con la producción, procesamiento, tenencia y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas").1.4.4 Facilitación de la Cooperación y Asistencia Internacional (Sobre el particular a modo de ejemplo podemos mencionar algunos convenios suscritos por nuestro país: DTO-642, publicado con fecha 16 de noviembre de 1988. Promulga El Convenio sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Despachos

Judiciales, suscrito entre los gobiernos de las Repúblicas de Chile y de Colombia, en Bogotá, el 17 de junio de 1981. DTO-286, publicado con fecha 19 de junio de 1982. Promulga El Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos entre los gobiernos de la República de Chile y de la República Oriental del Uruguay. El Ministerio Público podrá solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente y sin sujeción al procedimiento establecido en los incisos primero y segundo del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil (exhorto internacional), la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictuoso y las responsabilidades penales investigadas en el país, de conformidad a los convenios y tratados internacionales vigentes, como asimismo, otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes o elementos de convicción. (En el Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 350ª, Extraordinaria. Sesión 17ª, de 9 de diciembre de 2003, p.20, se manifestó (dentro de las materias más relevantes abordadas en el proyecto que se recomienda aprobar en general) en torno a esta norma que "...se libera al Ministerio Público de la obligación de tramitar exhortos internacionales por conducto de la Corte Suprema y del Ministerio de Relaciones Exteriores, en virtud de la aplicación de las reglas generales del Código de Procedimiento Civil. En lo sucesivo, el Ministerio Público podrá tanto solicitar como otorgar cooperación internacional directamente, pero con sujeción a los tratados vigentes sobre el particular." 1.4.5 Regla de consumación del ilícito investigado con la entrega vigilada o controlada. Se establece expresamente que no obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de la aplicación de esta técnica de investigación, el haber sustituido las sustancias, ni el que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes. 1.4.6 Regla de punibilidad. La intervención de funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes en las entregas vigiladas o controladas no se considerará inducción o instigación al delito, por lo que el investigado no podrá argumentar la no punibilidad de su conducta. 2.- EL AGENTE ENCUBIERTO, EL AGENTE REVELADOR Y EL INFORMANTE. Sobre esta materia se han dictado el Instructivo General N° 48 de fecha 01 de febrero de 2001 y el Oficio N° 271 de fecha 03 de junio de 2002, que comenta las modificaciones introducidas por la ley N° 19.806 a la ley N° 19.366 en materia de agente encubierto. 2.1 Marco Normativo. Título II, Párrafo 3°, artículo 25 de la Ley N° 20.000. 2.2 Aplicación. Se acepta esta técnica en la investigación de los ilícitos contemplados en la Ley N° 20.000. Se regula al igual que en la ley N° 19.366, la figura del agente encubierto e informantes, sea como informante propiamente tal o encubierto, pero se innova permitiendo y regulando la actuación de los agentes reveladores e informantes reveladores. Como técnica de investigación queda entregada su aplicación al Ministerio Público, por ello es el fiscal quien debe previamente disponer su uso en el caso concreto, dejando constancia de ello en la carpeta investigativa, resultando de vital importancia consignar la fecha de la autorización antes indicada, pues en caso alguno puede nombrarse un agente encubierto, agente revelador o informante encubierto o informante revelador, sin que previamente la técnica esté dispuesta por el Ministerio Público. (Cfr. Oficio Reservado N° 271 de 3 de junio de 2002). 2.3 Agente Encubierto. 2.3.1 Concepto. La ley define el Agente encubierto de la siguiente forma "el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación". 2.3.2 Innovaciones de la ley N° 20.000. De acuerdo al artículo 25 de la ley N° 20.000 el funcionario policial puede involucrarse o introducirse en organizaciones delictuales o meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos. De acuerdo al tenor de la nueva ley, basta la reuniones de 2 o más personas con fines delictivos relativos a la ley de tráfico para que legalmente se nombre y actúe un agente encubierto. En las investigaciones que se utilice esta técnica con resultados positivos para la investigación, debe el fiscal considerar la posible concurrencia de la agravante contemplada en el artículo 19 a) de la Ley N° 20.000 (Artículo 19.- Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delinquentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16.) respecto de los involucrados. 2.3.3 Innovación de la Ley: Posibilidad de dotar al agente encubierto de una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de la historia ficticia. Cabe hacer presente que la norma habla de "historia ficticia" y no sólo de identidad ficticia, por lo que podemos entender que no sólo se busca dotar al agente encubierto de una cédula de identidad "ficticia", sino de los antecedentes necesarios para que desarrolle su labor en forma segura. 2.4 Agente revelador: 2.4.1 Concepto. Es definido como "el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga". De la definición podemos concluir que no se busca que el agente se introduzca en una organización criminal (en sentido amplio), sino que se busca la manifestación o entrega de la droga, para lo cual el agente solo puede simular ser comprador o adquirente de ésta. 2.4.2 Elementos centrales. El agente policial nombrado por su superior jerárquico debe simular ser comprador o adquirente, para sí o para terceros de sustancias estupefacientes o psicotrópicas con la finalidad de lograr la manifestación o incautación de la droga. En cuanto a la acción a realizar: el funcionario simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, por lo tanto la acción que ha de ser desarrollada por el agente revelador se encuentra definida legalmente. La finalidad de la conducta del funcionario, es lograr la manifestación o incautación de la droga. 2.5 Informante: 2.5.1 Concepto. Es "quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa como encubierto o revelador". Para las policías el informante es un particular, que realiza la labor de entrega de información a los funcionarios policiales y que se encuentra inscrito en los registros de dicha institución con la calidad de informante (La regulación de los informantes en materia de ley N° 19.366: en el caso de Carabineros de Chile se encuentra en el Manual de Procedimientos del Departamento Drogas OS 7 y Secciones a Nivel Nacional. En el caso de Investigaciones de Chile se regula en la Orden General N° 1.618 de octubre de 1998.) 2.5.2 Clasificación (Cfr. Oficio N° 53 de 1º de febrero de 2001). a) El informante propiamente tal, esto es, "aquella persona que, no actuando como agente encubierto o revelador, suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él." b) El informante infiltrado: aquel que sin tener la intención de cometer un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, y con conocimiento de los organismos policiales, participa en la comisión de dichos delitos como si fuere un agente encubierto o revelador. Debe tenerse presente que si bien el informante infiltrado actúa como agente encubierto o revelador, no es tal ya que no es funcionario policial sino un particular que por diferentes motivos se ha involucrado en una organización o participa en la misma. (Cfr. Oficio N° 53 de 1º

de febrero de 2001). 2.6 Regulación de agentes encubiertos, reveladores e informantes: Exención de responsabilidad. Aplicación restrictiva. A los agentes encubiertos, reveladores e informantes se les exige expresamente de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma. 2.6.1 Análisis de los términos en que se regula la causal de exención de responsabilidad: a.- Respecto del comportamiento del agente encubierto, agente revelador o informante que actúe en alguna de dichas calidades, éste puede ser: - activo: "delitos en que deban incurrir"- omisivo: delitos que "no hayan podido impedir". b.- Los delitos que realizó o presenció sin impedir, deben siempre ser consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación: debe haber un vínculo entre el delito que comete o el que no pudo impedir, con el delito investigado. Es importante recalcar que debe estarse ante una "consecuencia necesaria", es decir, el comportamiento activo u omisivo por parte del agente o informante encubierto o revelador ante un delito siempre es subsidiaño; lo que implica que no debe haber otra vía o forma en que el agente o informante encubierto o revelador pueda realizar su actividad de investigación. c.- Los delitos realizados o no impedidos deben guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación. Cabe hacer presente que de la historia de la ley aparece que se rechazan los "hechos de sangre".

RESTRICCIÓN DE LAS COMUNICACIONES Y OTROS MEDIOS TÉCNICOS DE INVESTIGACIÓN. Sobre esta materia se han dictado el Instructivo General N° 16 de fecha 02 de noviembre de 2000 y el Oficio N° 449 de fecha 14 de septiembre de 2004. 1. Marco Normativo. Título II, Párrafo 2°, artículo 24 de la Ley N° 20.000. 2. Aplicación. Al igual que en la ley N° 19.366, las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en la Ley N° 20.000, cualquiera sea la pena que merezcan (no se aplica la limitación de pena establecida en el artículo 222 del Código Procesal Penal) y respetando en lo demás las normas del Código Procesal Penal. 3. Innovaciones respecto de la Ley 19.366 (Innovaciones propuestas por el Ministerio Público en Oficio FN. N° 326 sobre "Observaciones proyecto de ley de la Cámara de Diputados que sustituye la ley N° 19.366, Boletín N° 2439-20" de julio 7 de 2003, acogidas en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.) 3.1 En cuanto la individualización del afectado por la medida. Para la individualización del afectado es suficiente que se consignen las circunstancias que lo individualizaren o determinaren. (no se aplica el inciso 4° del artículo 222 del Código Procesal Penal) 3.2 Forma de poner término a la investigación ante el resultado negativo de las diligencias ordenadas. El fiscal puede archivar provisionalmente la investigación hasta que aparezcan mejores y nuevos antecedentes (no se aplica el artículo 167 del Código Procesal Penal en cuanto a la intervención judicial). Recordemos en todo caso que el artículo 167 del Código Procesal Penal establece que si el delito merece pena aflictiva, el fiscal debe someter la decisión a la aprobación del Fiscal Regional.

REGLAMENTO QUE REGULARÍA LAS TÉCNICAS INVESTIGATIVAS DE LA NUEVA LEY DE DROGAS (artículo 63 inciso 2): "Artículo 63.- Un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8°; los requisitos, obligaciones y demás exigencias que deberán cumplirse para el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el artículo 9°, y las normas relativas al control y fiscalización de dichas plantaciones. Serán también materia de reglamento las técnicas investigativas contenidas en el Título II de esta ley." El artículo antes transcrito fue aprobado y enviado al Tribunal Constitucional en el contexto del proyecto de Ley que sustituye la Ley 19.366, de acuerdo al inciso tercero del artículo 82 de la Carta Fundamental, en relación con el N° 1° de ese mismo precepto. Si bien no fue sido sometido al control de constitucionalidad por la Cámara de Diputados, su inciso segundo fue declarado inconstitucional en Sentencia del Tribunal Constitucional, de 25 de Enero del año en curso, Rol N° 433, por considerar que regulaba materias propias de una ley orgánica constitucional. Se determinó en la citada sentencia por el Tribunal que, si se establece un reglamento que ha de regular las técnicas investigativas, éste se está inmiscuyendo en las atribuciones propias del Ministerio Público, por lo que implicarían una modificación de ellas, lo que de acuerdo al artículo 80 B de la Constitución Política debe ser objeto de una ley orgánica constitucional, como lo es la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Así las cosas, el inciso en comento debió haber sido aprobado por cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio, según lo establece el artículo 63 de la Constitución Política, y atendido que ello no aconteció, no se cumplieron los requisitos de forma y el precepto fue declarado inconstitucional. Es importante señalar que entre las potestades que la Ley Orgánica entrega al Ministerio Público se encuentra como la principal de ellas, la dirección exclusiva de la investigación y el ejercicio de la acción Penal Pública. Por su parte, la mentada ley en su artículo 17 letra a), faculta a este Fiscal Nacional, como jefe superior del Ministerio Público para dictar criterios de actuación para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la constitución y las leyes, oyendo previamente al Consejo General, facultad que en un futuro será ejercida en esta materia. Agradeceré a los Srs. Fiscales Regionales distribuir este oficio a todos los fiscales adjuntos y adoptar las medidas que procedan a fin que quienes deban intervenir en investigaciones y procesos adoptados por este Fiscal Nacional, sin perjuicio de las instrucciones específicas que les puedan ser impartidas por Uds. en sus correspondientes territorios, en los casos concretos que se les consulten. Se deberá tener presente que no corresponde a este Fiscal Nacional instruir sobre la actuación procedente en las situaciones particulares en que deban intervenir, debiendo por tanto estar debidamente preparadas las Fiscalías Regionales para adoptar las decisiones pertinentes. Saluda atentamente a UDS., GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD, FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO.

Firma del Testista

Francisco Antonio Hermonilla Iriarte

Rut 8.494.218-9

MAG
H556c
2011

CB 00160565

RU 90615

2011

AUTOR Hermosilla Iriarte, Francisco

TÍTULO ¿ Cuándo debiéramos estimar
eficaces las declaraciones ...

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.

Hermosilla Hiriarte, Francisco
¿ Cuándo debiéramos estimar eficaces las
declaraciones prestada por un coimputa-
do ?

CB 00160565

Universidad de Valparaíso
Chile



00160565