

MARC 426

RV 90665

MAG
Q6p
[2012]

**Prueba de las
circunstancias modificatorias
de responsabilidad penal en
la audiencia de determinación
de pena**



Ana Quilodran Neculhueque

Tesista Programa Legum Magister Facultad de Derecho

U. de Valparaíso

MAG
Q6p
[2012]

A mi familia,
gran apoyo de todos mis sueños y aventuras.

INDICE

Introducción.....	p. 5
Capítulo I: Relevancia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la determinación de la pena.....	p. 9
1.- Referencia genérica a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Entidad, compatibilidades e incompatibilidades.....	p. 9
2.- Justificación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.....	p. 15
3.- Influencia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en la determinación de la pena.....	p. 17
Capítulo II: Sistema probatorio del enjuiciamiento criminal chileno.....	p. 21
1.- Cambio de visión (breve referencia).....	p. 21
2.- Principios legales y constitucionales del sistema probatorio criminal chileno.....	p. 24
A) El derecho a defensa.....	p. 25
B) El derecho a un juez imparcial.....	p. 26
C) El principio de inocencia.....	p. 27
D) El derecho a un juez natural.....	p. 27
E) Exclusividad de la investigación penal.....	p. 28
3.- Objeto de prueba en materia procesal penal.....	p. 28
A) Los hechos.....	p. 28
B) Valoración.....	p. 33
Capítulo III: Sistema probatorio aplicable a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.....	p. 38
1.- Objetivo de la audiencia contemplada en el artículo 343.....	p. 38
1.1.- Recopilación de antecedentes y valoración en la etapa investigativa.....	p. 39

1.2.-	Presentación de pruebas y valoración durante el juicio oral.....	p. 43
1.3.-	Audiencia del artículo 343.....	p. 45
a)	Alegación de las circunstancias modificativas que digan relación con la punibilidad y el ofrecimiento de prueba respectiva.....	p. 46
b)	Aportación de prueba en la audiencia del artículo 343.....	p. 48
c)	Valoración de la prueba en la audiencia del artículo 343.....	p. 52
	Conclusiones.....	p. 56
	Bibliografía	

INTRODUCCIÓN

Poena secundum facti contingentiam
commesuranda delicto.

El artículo 343, inciso final, del Código Procesal Penal dispone: *“En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad prevista en el inciso primero. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores, inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y en la misma audiencia. Para dichos efectos, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia”*.

La norma en cuestión constituye una regulación especial respecto de las circunstancias atenuantes y agravantes que denomina ajenas al hecho punible y en una oportunidad distinta del juicio penal propiamente tal. Por ello, surgen dudas acerca de la forma en que tales circunstancias deben alegarse, probarse y ponderarse. Esta situación impide considerar la real gravitación que tienen estos elementos en la determinación judicial de la pena.

Por lo anterior se debe considerar que la pena, en algunos casos, se determina no sólo por la constatación del hecho punible y de la participación que en él le cupo al acusado, sino que también son ponderadas ciertas circunstancias que añaden o aminoran –sin eliminar- el nivel de injusto o de reproche que se puede efectuar al hecho delictivo, también la punibilidad del acto. Estas últimas, por tanto, cuando son esgrimidas debiesen ser también acreditadas para poder ser correctamente ponderadas, pero nuestro Código Procesal Penal sólo regula la oportunidad en que los antecedentes relativos a ellas deben ser presentadas, sin pronunciarse sobre importantes cuestiones que afectarán directamente el quantum de la pena.

En este trabajo se intentará responder cuál es el régimen probatorio al cual se someten las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que nuestro sistema llama “ajenas al hecho punible” cuando se lleva a efecto la audiencia contemplada en el artículo 343, esto es, cuando se pronuncia decisión de condena.

En aras de lo anterior este trabajo se dividirá en tres capítulos.

El primero abordará a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal –conceptualizándolas- a fin de poder explicar su incidencia en la determinación final de pena. Se verificará su naturaleza y las distintas clasificaciones que con ocasión de ellas han surgido.

Se pondrá de relieve la justificación de las circunstancias modificatorias y, por ende, se indicarán los elementos del delito que se ven afectados, que no son sino los que son graduables, es decir, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Los demás elementos no admiten esta graduación, se presentan o no. Es lo que ocurre con la acción y la tipicidad.

Finalmente se explicará la influencia real que tienen las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la sanción concreta que como consecuencia se determina de acuerdo a los elementos que se ven afectados por el delito, por cuanto entre ellas pueden surgir incompatibilidades lo que va a influir en la tarea de valoración que enfrente el juzgador y puede afectar los límites que se han establecido legalmente.

Ya concluido este primer capítulo vamos a poder distinguir con claridad a cuáles circunstancias nos referimos cuando el artículo 343 del Código Procesal Penal habla de “ajenas”.

El segundo va a referirse principalmente al proceso penal chileno.

Para abordar este objetivo se establecerá en primer lugar cuál es el sistema probatorio chileno en la actualidad y se hará un pequeño paralelo con los cambios que significó la instauración de un sistema acusatorio –como el pretendido por el Código Procesal Penal- en comparación al inquisitivo –regulado por el Código de Procedimiento Penal-. En esta tarea se destacan dos situaciones gravitantes: la separación de la instrucción –en cuanto averiguación- de la decisión que respecto a los hechos se adopta y la facultad que tienen los jueces para buscar las pruebas que van a sustentar la acción penal. Éstas, por supuesto, tienen incidencia en lo que se refiere al artículo objeto de nuestro estudio.

Luego, se enuncian los principios constitucionales y legales que inspiran el enjuiciamiento criminal y se ponen de relieve: el derecho a defensa; la imparcialidad del juzgador; la presunción de inocencia cuya base es la dignidad del ser humano; el derecho a un juez natural y la exclusividad en la investigación penal.

Es importante destacar que, sin perjuicio de la decisión de condena, el ser humano no pierde su calidad de tal y, por tanto, cualesquiera sea la situación en la esté frente al Estado éste debe respetar su dignidad y, por ello, no puede rebajar los estándares con los que se erige frente a un inocente.

Termina este capítulo con una aproximación al objeto de la prueba y, por ende, al objeto de decisión. Se adopta una visión epistemológica de aquélla y se da cuenta de la posibilidad de buscar la verdad sobre los hechos, o dicho de otra forma, sobre la afirmación que respecto de ellos hacen los intervinientes. Para buscar esta verdad se establece lo que se ha denominado libertad de prueba, es decir, todo aquel elemento pertinente para la tesis planteada puede ser llevada al juicio; eso sí, se establecen ciertas limitantes que emanan de principios mayores a la búsqueda de la verdad como lo es la justicia de la decisión.

Posteriormente la prueba debe ser valorada y aquí se presenta la forma recogida en nuestro sistema: la sana crítica que impone como límites la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados. Pero con la adopción de aquélla no acaba el proceso de valoración, pues después es necesario analizar su suficiencia y en esta fase se exponen dos criterios el de “más allá de toda duda razonable” –criterio establecido en el Código Procesal Penal- y “probabilidad prevalente” que es uno de los criterios reconocido por la doctrina y que regula la suficiencia de la prueba civil.

Se concluye con el tercer capítulo buscando responder a cuál sistema probatorio se someten las circunstancias modificatorias que pueden discutirse en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal.

En el Código Procesal Penal se pueden distinguir dos situaciones en cuanto a la aportación y valoración de elementos que pueden servir para convicción. En efecto, la primera fase destinada a reunir antecedentes de cargo (la de investigación) es una fase desprovista de un procedimiento determinado y no sujeta a reglas, sino solo a aquéllas que buscan respetar las garantías de los intervinientes y terceros que puedan verse afectados por la persecución penal. Una opción es trasladar ésta al momento de discutir sobre la concurrencia de circunstancias modificatorias ajenas al hecho punible y en base a ellos decidir estableciendo como criterio de valoración los propios de esta etapa, es decir, la íntima convicción.

Pero también está el sistema del juicio oral, que se sujeta a un procedimiento y a las exigencias propias de esta etapa, como consecuencia la alegación, la prueba y la valoración de las circunstancias corresponde sea de manera análoga al hecho punible y a la participación, no pudiendo eludirse tales criterios. Por tanto, su establecimiento y valoración quedará sujeto a las mismas reglas. Para dar por acreditada una circunstancia modificatoria ésta debe haber sido establecida más allá de toda duda razonable y sin vulnerar la sana crítica; la aportación de prueba y su incorporación al debate deberá hacerse de la misma manera que si se tratara del hecho punible o de la participación del imputado.

Finalmente, se propondrá un sistema para las circunstancias modificatorias sometidas a debate en la oportunidad establecida en el artículo 343 del Código Procesal Penal, que implica mantener como regla el sistema establecido para el juicio oral, con ciertas adecuaciones –principalmente en lo que se refiere a la aportación de prueba- al distinguir entre agravantes y atenuantes atendida la incidencia que ella tendrá en la fijación de la pena definitiva.

Es importante tener presente que la determinación de la pena es una decisión judicial, objeto de valoración y ponderación que afecta a todos los elementos del delito, de la participación y del íter criminis.

CAPITULO I

RELEVANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. REFERENCIA GENÉRICA A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL. NATURALEZA. CLASIFICACIÓN.

La pena representa aquella especie de sanción jurídica de carácter público que el respectivo ordenamiento considera como la de mayor gravedad¹, y se constituye en un concepto jurídico fundamental. Por ello no resulta menor que de ella provenga el nombre de la rama del derecho que se ocupa de los delitos.

“La pena es algo absolutamente concreto; no la amenaza que la ley designa y con qué la ley conmina en abstracto para la hipótesis de una determinada especie delictiva, sino la posibilidad y magnitud incluida en ella que el juez precisa e impone en concreto por un delito particularizado, por la ocurrencia delictiva individualizada, y el condenado debe cumplir”².

En el Derecho chileno el profesor Guzmán Dálbora define la pena como la “pérdida o limitación de determinados bienes jurídicos, impuesta según la ley por los órganos jurisdiccionales y en sentencia firme al individuo que ésta declara responsable de un delito”³. Entonces, la pena es la consecuencia del delito.

Como consecuencia del delito no resulta intrascendente el momento en el cual la sanción es fijada. Para su determinación se deben considerar diversos factores que se ponen de relieve al analizar el origen del término pena, que se ubica “en el término *pondus*, peso, derivado de *pendo* –dejar colgar en los platillos de la balanza, pesar- porque, en la necesidad de mantener el necesario equilibrio entre los platillos de la balanza que representa la justicia, cuando aquel en que se coloca el crimen pudiese caer si el otro, donde se coloca las eximentes y los motivos de atenuación, carece de elementos que sirvan de contrapeso bastante, en él se añade un peso, representado por la pena, que restablece el equilibrio”^{4 5}.

¹ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. *Función y aplicación de la pena*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 18.

² RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. *Función y...*, cit., p. 8.

³ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 33.

⁴ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción...* cit., p. 4 (citando a Jiménez de Asúa)

Atendido lo señalado en el párrafo anterior se comprende lo relevante que resultan ser las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal al momento de decidir el castigo concreto al cual va a ser sometida una persona que ha resultado condenada, puesto que permite mantener el equilibrio entre el delito mismo y la sanción, atendida la gravedad de ésta, lo que resulta armónico con un derecho penal liberal que toma “en consideración los diversos factores personales y sociales que gravitan sobre cada cual dentro de la vida común”⁶ y refleja la proporción que debe existir entre la naturaleza y medida de la pena, por una parte, y la gravedad objetiva y subjetiva del delito, por otra⁷. Esto debe ser considerado en la etapa de determinación judicial de la pena “concretando, ajustando y aplicando a la peculiaridad de un caso criminal la previsión penal que la ley señala en abstracto para todos los de la misma categoría delictuosa”⁸ y, lo anterior, “en una muy delicada operación de armonía axiológica”^{9 10}.

La proporcionalidad ya fue exigida por Beccaria, quien dedicándole un capítulo proclamaba: “no sólo es interés general que no se cometan delitos, sino que sean más raros en proporción del mal que acarrearán a la sociedad. Por tanto, los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción a los estímulos que impulsen a ellos. Por ello debe existir una proporción entre los delitos y las penas”¹¹.

Entonces, al momento de concretar el castigo se considera no sólo la penalidad que el legislador ha previsto para el delito del cual se trata, sino también otros elementos que siendo ajenos al ilícito afectan la determinación final de la pena. Estos elementos son las llamadas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en donde, “circunstancia es todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia. En consecuencia, circunstancias atenuantes y agravantes son las que modifican consecuencias de la

⁵ Para ver la evolución de las circunstancias atenuantes PESSINA, Enrique. *Elementos de Derecho Penal*, Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1936, p. 539 y ss.

⁶ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción...*, cit., p. 39.

⁷ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción...*, cit., p. 45.

⁸ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. *Función y...*, cit., p. 78.

⁹ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción...*, cit., p. 47.

¹⁰ En materia de circunstancias modificatorias el Código Penal chileno contiene un catálogo taxativo de circunstancias, denominadas genéricas, en los artículos 11, 12, y la mixta del art. 13. Además, hay en la parte especial circunstancias particulares que se aplican a un delito o clase de delitos determinados que corresponden a las circunstancias específicas (Ver. RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. “Anteproyecto del Código Penal: Hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad pena. El caso de las agravantes” en *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Editorial Jurídica, Santiago, 2008, p. 283).

Las circunstancias modificatorias tienen como base el artículo 9 y 10 del CP español de 1850, con algunas innovaciones y excepciones en su fuente (RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *Código de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*, Edeval, Valparaíso, 1974, p. 256 y ss.).

¹¹ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2004, p. 90.

responsabilidad, sin suprimir ésta”¹². “Son aquellas que tienen la genuina y propia función de modificar la pena”¹³. Es decir, “condicionan no el sí, sino el quantum de la pena”¹⁴. Esta idea de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal explica de manera clara la trascendencia que genera su concurrencia en la determinación de la pena.

En Chile, el profesor Novoa Monreal nos dice que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal consisten en factores que modifican en un caso particular la gravedad de la lesión jurídica propia del hecho delictuoso, o afectan la intensidad de la culpabilidad del agente que en él interviene, o influyen en el poder de evitarlo, o disminuyen o acentúan la peligrosidad social del delincuente¹⁵.

No basta con determinar la existencia de un delito y a su autor, se hace también necesario determinar “la medida de la sanción”¹⁶ y para decidir al respecto se consideran los elementos que pueden ser objeto de graduación. En consecuencia, las modificatorias afectan principalmente a la antijuridicidad y a la culpabilidad y que –habiéndose comprobado ya su existencia- pueden concurrir con mayor o menor intensidad en el caso concreto del cual se trata¹⁷ y por ello incidir en la magnitud de la consecuencia jurídica del ilícito penal. “Son datos de hecho que pueden darse en todas las infracciones criminales o en ciertas especies o familias de delitos, que las valoraciones dominantes en la sociedad hacen objeto de una reprobación más o menos intensa y que por ello las leyes consignan en su texto permiten que tomen en cuenta los jueces”¹⁸.

Las circunstancias modificatorias, como ya se puede desprender, no son elementos que integren y determinen la existencia del delito. Como su nombre lo indica, circundan, rodean al delito, pero en caso alguno lo constituyen. Cuando alguno de estos enunciados forma parte del tipo penal ya no se puede hablar de circunstancias sino de elementos y, por lo mismo, su presencia ratificará la existencia del delito y su ausencia, simplemente eliminará el hecho de la relevancia penal.

¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1973, p. 443.

¹³ COBO DEL ROSAL, M. VIVES, Antón T.S. *Derecho penal – parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 609.

¹⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español – parte general*, Dykinson, Madrid, 1993., p.690.

¹⁵ Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno – Parte General*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, p. 11 (excesiva para RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito” en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, Tomo II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989., p. 185.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y ...*, cit., p. 444

¹⁷ Es necesario considerar que algunas de las circunstancias modificatorias obedecen a razones de política criminal y de ahí que no afecten a los elementos de los cuales se viene hablando.

¹⁸ RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. *Las circunstancias ...*, cit., p. 187

Por lo anterior algunos autores distinguen entre elementos constitutivos del delito y circunstancias accidentales con el objeto de distinguir los elementos constitutivos, esenciales, de los distintos delitos, de los elementos accidentales o circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. Si uno de éstos falta, subsiste el mismo título de incriminación; si falta uno de los elementos constitutivos del delito, no se da el delito en cuestión¹⁹.

Tomando la distinción anterior, a efectos de este trabajo, hay que tener presente que las circunstancias modificatorias se analizan una vez constatada la existencia del delito. Si los mismos elementos ya fueron considerados para arribar a la primera conclusión no se trata de circunstancias sino de elementos pertenecientes al tipo penal.

Un asunto que ha suscitado diferencias es la ubicación sistemática de estas circunstancias al momento de ser objeto de estudio y ello puede tener relevancia para poder distinguir cuándo deben ser acreditadas y ponderadas en el proceso penal.

Rivacoba las ubica en el estudio del delito²⁰ y para ello razona de la siguiente manera:

- a) Si las circunstancias modifican la responsabilidad criminal, quiere decir que lo que modifican es tal acto delictuoso o punible, o sea, que pertenecen al delito, lo cual viene muy bien significado por la denominación tradicional de *accidentalia delicti*;
- b) No sólo la proyección práctica de la concurrencia de tales circunstancias o elementos accidentales del delito se ordena a la hora de aplicar la pena, sino que todos los elementos del delito, por más esenciales que sean, y aun todo el Derecho criminal se proyectan prácticamente en esa hora y se hallan encaminadas a ella;
- c) Si todavía se sostiene que los elementos del delito son necesarios y han de concurrir para que exista, y que las circunstancias son contingentes y sólo sirven para graduar la pena en un determinado sentido, esta función únicamente puede ser cumplida porque contribuyan también, y antes, a la graduación del delito y formen así parte de él, de cuya gravedad, con o sin circunstancias, depende, en definitiva la medición y concreción de la pena;
- d) Que las circunstancias surtan ciertos efectos en el momento de aplicar la pena, no difiere en nada, en el fondo, de que ésta sea un efecto o

¹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español...*, cit, p. 694.

²⁰ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. *Programa analítico de Derecho Penal*, Edeval, Valparaíso, 1997, p. 32 y ss.

consecuencia de todo el delito y, por tanto, de todos sus componentes y formas de aparición; y

- e) Que desplazarlas al ámbito de la pena supondría, lógicamente, trasladar a él todo el estudio del delito, con cuantos elementos lo integran y cuantas formas tiene de manifestarse, pues es, sin duda, presupuesto de la pena²¹.

En cambio Del Rosal señala que “la simple lectura de dichas causas y, en suma, la expresión más utilizada de circunstancias, revela que no afectan a su sustancia, sino que más bien la dejan totalmente intacta. El delito existe, se den o no las circunstancias agravantes o atenuantes, y no guarda, por tanto, ninguna relación esencial con el mismo, puesto que únicamente afectan al quantum de la pena, e incluso a la calidad de la misma, o por mejor decir, de acuerdo con la terminología del Código español, modifican, en última instancia la responsabilidad criminal. Se trata, pues, de algo accesorio o accidental, que únicamente repercute sobre la mayor o menor gravedad de la reacción punitiva, es decir, de simples circunstancias al fin y al cabo.

Por consiguiente, su existencia o inexistencia repercute en lo que es la consecuencia jurídica de la afirmación del delito, que no es otra sino la pena²².

Disentimos de esta última opinión, y compartimos la primera. Afectando las circunstancias modificatorias los elementos graduables del delito, esto es, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, debiese ponderarse su concurrencia inmediatamente determinados éstos y precisamente para contribuir a la determinación final de la pena.

Sentada la idea de lo que constituyen las circunstancias modificatorias, hemos de señalar que se han planteado diversas clasificaciones.

La más general y utilizada es aquélla que distingue entre circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas, según la consecuencia que generen en la pena. “Las primeras son aquéllas cuya concurrencia determina la imposición de una pena más benigna; las agravantes, por el contrario, tienen como efecto aumentar la responsabilidad penal y, su concurrencia determina la aplicación de una pena más severa. Las mixtas, como su nombre lo insinúa, operan como atenuantes o agravantes según el caso, con la consecuencia propia de cada una de ellas²³.

²¹ RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel. *Las circunstancias modificativas...*, cit., p. 192

²² COBO DEL ROSAL, M. VIVES, Antón T.S. *Derecho penal...*, cit., p. 611. Continúa señalando que la pena es eminentemente graduable, aunque no desconoce la graduabilidad que pudiera concedérsele a sus elementos, pero siempre frente a un dilema “o existe o no existe delito.

²³ RUDNICK VIZCARRA, Carolina. *La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 23.

También, de acuerdo a su ámbito de aplicación, se habla de circunstancias generales y especiales dependiendo de si afectan a toda clase de delitos o sólo a un grupo determinado de ellos²⁴. Hay que tener presente que las llamadas especiales no pueden ser confundidas con aquellos elementos que dejando de ser circunstancias pasan a ser elementos típicos del delito y que, por tanto, ya no influyen en la cuantificación de la pena sino en la determinación de la existencia o no del ilícito criminal, tal cual se señaló precedentemente.

Ahora, atendido el elemento en el cual repercuten, existen aquellas que afectan el injusto, las que afectan la culpabilidad y las que afectan la punibilidad. Esta clasificación brota de la naturaleza que se les reconozca a las circunstancias modificatorias, punto que será mejor abordado en el número siguiente²⁵.

En Chile se pretende clasificar, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal, entre objetivas y personales y ello gravitará en la comunicabilidad de las mismas²⁶.

Finalmente, y en relación al artículo 343 del Código Procesal Penal, se pueden distinguir entre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal aquellas que son ajenas al hecho punible y las que no lo son. Esta

²⁴ Las circunstancias modificatorias generales están reguladas en los artículos 11, 12 y 13 del Código Penal; ejemplo de circunstancias especiales es el artículo 456 bis del mismo cuerpo legal que se aplica sólo a los hurtos y robos.

²⁵ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. *Las circunstancias modificativas...*, cit., p. 204 y ss.

Este autor separando atenuantes y agravantes reconoce entre las primeras las eximentes incompletas en donde algunas son por un menor injusto, pero la mayoría por una menor culpabilidad, y así las hay:

A) Atenuantes:

- a) Por menor injusto
- b) Por menor culpabilidad, ya sea por disminución de la imputabilidad; por insuficiencia del dolo y por menor reprobabilidad de los motivos
- c) Por menor punibilidad.

B) Agravantes:

- a) Agravantes por mayor injusto;
- b) Agravantes por mayor culpabilidad, ya sea por mayor intensidad del dolo, por motivación particularmente reprobable y por exteriorizar una personalidad o actitud opuesta al Derecho y jurídicamente reprobada.

C) En cuanto a la circunstancia mixta de parentesco, cuando actúa como atenuante indica una culpabilidad menor; pero cuando actúa como agravante denota un mayor injusto.

²⁶ Esta clasificación es expuesta por NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno...*, cit., p. 13.

Al respecto el artículo 64 del Código Penal dispone: "Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran.

Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito".

situación va a tener relevancia para saber cuándo y cómo deben ser acreditadas.

2. JUSTIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

La pena no es sino la consecuencia del delito, pero su cuantificación no corresponde a un resultado automático. Ella obedece al resultado de un proceso de valoración y esto dice relación con la ponderación que se tiene que hacer de los elementos que son graduables en el delito.

Analizando los elementos del delito tanto la culpabilidad como la antijuridicidad son esencialmente valoración y, por ende, susceptibles de ponderación y graduación; así habrá casos en los que se van a presentar con mayor intensidad y otros en que lo harán con menos sin que desaparezca el delito. La punibilidad también es valoración y, por ende, se puede conmensurar.

Sin que sea el objetivo del presente trabajo hay que tener presente que la antijuridicidad “es aquel disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico”²⁷, es decir, “el término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del Ordenamiento jurídico”²⁸, por tanto, “la antijuridicidad es la conducta típica que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y no se encuentra autorizada por la ley”²⁹.

Por lo mismo la “*antijuridicidad es disvalor*. Esto significa que la afirmación de la ilicitud es el resultado de un juicio en virtud del cual se declara que la conducta típica es contraria a los valores reconocidos por la norma”³⁰. Como resultado de ese juicio se puede llegar a determinar una contradicción mayor o menor sin que aquella deje de existir. Este resultado se obtiene al analizar la antijuridicidad material³¹ y en ella las circunstancias modificatorias actúan.

“La antijuridicidad se concreta en el atentado contra bienes jurídicos y aquel puede variar por una mayor o menor afectación a éste, a menos que se exija precisamente su aniquilación o destrucción; también por lesionarse a la vez otro u otros bienes jurídicos o por crear una situación de peligro para los

²⁷ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal – Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 353.

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 299

²⁹ POLITOFF L., Sergio – MATUS A., Jean Pierre. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 209

³⁰ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit., p. 354.

³¹ No todos de acuerdo con el concepto, pero en definitiva refleja la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger (MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal...*, cit., p. 301). En palabras de Zaffaroni es la exigencia de lesividad (ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 599).

mismos”³². “Cuando la afectación del bien jurídico consiste en su destrucción no cabe sino concluir que –en lo que se refiere al injusto- todos revisten igual gravedad”³³.

La existencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que suponen una menor o mayor gravedad del injusto pone de manifiesto que la antijuridicidad no sólo se manifiesta en su faz negativa (causas de justificación), sino que puede comprender también elementos ajenos a lo injusto específico de la conducta delictiva y que no pertenecen al tipo³⁴.

En lo que se refiere a la culpabilidad también hay que considerar que “es reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que el autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho”³⁵. En otras palabras, consiste en un juicio negativo de valor, porque el sujeto, siendo capaz de conocer el deber jurídico y de actuar con arreglo a él y pudiéndosele exigir una conducta distinta de la realizada conforme a derecho, no ha hecho de la representación de tal deber el motivo de su obrar, en donde la exigibilidad y la reprochabilidad se funda en la relación psíquica de conocimiento y voluntad que lo liga con su acto, en el disvalor de los móviles que le han determinado a él y en que éste es expresión de una actitud opuesta al Derecho³⁶.

“Es innegable que a la culpabilidad incumbe un papel fundamental para determinar la magnitud de la pena en cada caso concreto”³⁷. Por tanto, este juicio de reproche también puede presentarse con mayor o menor intensidad. En efecto, “la culpabilidad, concebida normativamente, es esencialmente graduable y, como se ha destacado aquí, su cuantificación determina también la de la pena”³⁸. Una vez determinada la existencia del elemento culpabilidad podemos determinar la magnitud del juicio de reproche.

La pena final a imponer responde en definitiva a una valoración y para determinarla se deben tomar en cuenta distintos factores. Esta es la labor que desarrollan los jueces a partir de los parámetros que entrega la ley y que se denomina *determinación judicial de la pena*. Esta tarea concreta la pena de acuerdo los límites que ha fijado el legislador entre los mínimos y los máximos, cuando ésta no se corresponde a una pena única.

³² RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel. *Las circunstancias modificativas...*, cit., p. 204.

³³ RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel. *Las circunstancias modificativas...*, cit., p. 187.

³⁴ Ver CEREZO MIR, José. *Derecho Penal – Parte General*. Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2008, p. 671

³⁵ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit., p. 385.

³⁶ RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel. *Las circunstancias modificativas...*, cit., p. 204.

³⁷ POLITOFF L., Sergio – MATUS A., Jean Pierre. *Lecciones...*, cit., p. 253

³⁸ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit., p. 407.

En esta decisión final se debe ponderar la participación que le cupo al condenado; el íter críminis desarrollado; la mayor o menor extensión del mal causado y, por supuesto, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

A fin de establecer debidamente la pena la ley establece límites entre los cuales el juez debe decidir aquella que más se adecua al caso que se está juzgando. Por ello “es deber del Parlamento acuñar márgenes penales determinados en su mínimo y máximo, evitando todo trance que entre ellos medie un distanciamiento excesivo. La exigencia de determinación no puede imperar para las penas con el mismo rigor que en la descripción de los delitos. Y es que en aquéllas deben proporcionarse a éstos, así en la abstracción de su previsión legal como, muy especialmente, en su determinación concreta por el juez, al que por lo mismo apremia dejar un campo que le permita graduarlas de acuerdo con la precisa gravedad objetiva y subjetiva del delito sometido a su cognición”³⁹.

3. INFLUENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.

Con lo referido en los números anteriores ya se puede considerar la influencia que las circunstancias modificatorias tienen al momento de determinar la pena. En efecto, su ausencia o concurrencia va a permitir –dentro las reglas legales- establecer más o menos pena, incluso rebajar o aumentar el margen penal para decidir⁴⁰.

Pero esto –como ya se dijo- no opera de manera automática, sino que obedece a criterios de valoración y una vez entendida su naturaleza es posible comprender cómo y en qué medida las circunstancias modificatorias pueden afectar a la pena. En todo caso, es necesario tener presente que atendida la repercusión que tienen en determinados elementos del delito surgen compatibilidades e incompatibilidades entre ellas que el juez debe considerar cuando realiza la determinación de la sanción.

Como una forma de facilitar la ponderación se han establecidos ciertas reglas a las cuales se puede reconducir la constatación de determinadas circunstancias modificatorias y que en definitiva permiten racionalizar la aplicación del castigo. En este sentido –y siguiendo a Rivacoba- se puede sintetizar lo siguiente:

1° Si entre las circunstancias hay alguna que implica otra u otras se está frente a un concurso aparente de leyes penales y, por ello, se tornan

³⁹ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción...*, cit., p. 41.

⁴⁰ Esto se encuentra regulado entre los artículos 62 y 69 del Código penal, aun cuando hay regulación particular para ciertos delitos y/o en determinada legislación especial.

incompatibles, debiendo primar aquélla cuyo concepto o disvalor abarque el concepto o disvalor de la o las restantes (concurso por especialidad o por consunción);

2° Si las circunstancias hacen referencia a un menor o mayor injusto son compatibles con excepción de la situación en que surja un concurso aparente de leyes penales;

3° Las circunstancias referidas a un menor injusto no son compatibles con aquellas referidas a un injusto mayor;

4° Las circunstancias que comprenden un menor injusto no son compatibles con aquellas que refieren una culpabilidad especial, ya sea mayor o menor;

5° Las circunstancias que afectan la culpabilidad por una imputabilidad disminuida son compatibles con aquellas que señalan un mayor injusto, pero no con aquellas que suponen una mayor culpabilidad;

6° La circunstancia que aminora culpabilidad por insuficiencia de dolo no es compatible con aquellas que indican una mayor intensidad del mismo, pero sí con las que dicen relación con la motivación y con las agravantes que indican una actitud de especial aversión al derecho;

7° Las circunstancias que refieren una motivación determinada son incompatibles entre sí. Sin embargo –aunque atenúen- son compatibles con las que agravan por expresar una actitud reprobable; la referida a motivaciones morales, altruistas y patrióticos son compatibles con la premeditación más no con aquella que implica la vindicación próxima de ofensa grave;

8° Las agravantes por mayor injusto son compatibles entre sí –a menos que por su entidad no puedan subsistir o que generen un concurso aparente de leyes penales-, también lo son con las demás agravantes;

9° La premeditación es compatible con las circunstancias fundadas en una motivación especial (excepto lo señalado en la regla 7) y con todas las demás agravantes (ya se refieran al injusto como las que exteriorizan una particular oposición al derecho);

10° Las agravantes por motivación más reprochable es compatible con la que refieren un mayor injusto como las que exteriorizan una particular oposición al Derecho;

11° Las agravantes que refieren un mayor injusto son compatibles con las que exteriorizan una particular oposición al Derecho, salvo se trate de un concurso aparente de leyes penales;

12° Las circunstancias referidas a la punibilidad son compatibles con todas las demás y entre sí, a menos que haya entre ellas diferencias de entidad⁴¹.

Hay que tener presente que, no obstante las reglas establecidas en los artículos 62 y siguientes, la aplicación de las reglas recién señaladas darán luces a la hora de determinar la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal y, en este caso, habrá de tenerse muy en cuenta la compensación racional que contempla nuestro ordenamiento, que no es una compensación matemática sino una compensación valorada y que, en algunos casos, puede ceder a favor de la atenuación y en otros de la agravación. Se pretende la “obtención de una valoración jurídica más completa y más fina en relación con un hecho delictuoso determinado que sea sometido al juzgamiento penal”⁴².

Como se ha dicho esta ponderación cobrará toda su importancia al momento de establecer la pena en concreto que se va a establecer. En este sentido nuestro sistema procesal penal nos obliga a distinguir aquellas circunstancias modificatorias que son ajenas al hecho punible, aun cuando esta expresión –utilizada en el artículo 343 del CPP- no es del todo feliz por cuanto –tal como se ha señalado- todas las circunstancias no forman parte del delito, sino que lo rodean.

A fin de sistematizar el tema toca señalar que las que atañen a la culpabilidad y a la antijuridicidad no podrían entenderse ajenas, mientras que las que dicen relación con la punibilidad sólo podrían analizarse una vez que el delito como tal ha sido establecido, pues la punibilidad es el elemento que por esencia determina la posibilidad de castigo⁴³. Hay ínsito en la punibilidad eminentes criterios de política criminal que en ocasiones aconsejan incluso no castigar como ocurre con las condiciones objetivas de punibilidad y, por tanto la mayor o menor pena que se pueda aplicar a un hecho también puede estar justificado en estas razones. Así por ejemplo: razones de política criminal conllevan a aplicar una pena menor a quien tiene irreprochable conducta anterior y, las mismas, una sanción mayor a quien ha cometido el delito cuando ya se ha sido condenado por un delito de la misma especie.

Siguiendo el criterio anterior entonces todo lo que denota una mayor o menor antijuridicidad, así como las que reflejan una mayor o menor culpabilidad, –en nuestro sistema- deben ser analizadas y establecidas antes de lo que malamente llamamos *veredicto*, con las consecuencias de compatibilidades e incompatibilidades que ya se indicó, y, por tanto, la

⁴¹ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. *Las circunstancias modificativas...*, cit., p. 209

⁴² NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno...*, cit., p. 11.

⁴³ La punibilidad es entonces la aptitud para ser penado (RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. *Función y...*, cit., p. 4).

audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal sólo quedará reservada para las que afectan la punibilidad.

CAPITULO II

SISTEMA PROBATORIO DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL CHILENO

1. CAMBIO DE VISIÓN

Con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal comenzó a regir en Chile un sistema de enjuiciamiento distinto al que había instaurado el legislador de 1906 y que rigió por largo tiempo^{44 45}. Ya el Mensaje del nuevo código indica: “este proyecto establece las bases procedimentales de un nuevo sistema procesal penal que pretende abandonar el modelo inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter acusatorio”⁴⁶.

Con esta decisión la investigación dejó de ser una tarea encomendada al poder jurisdiccional y se entregó a un poder alterno que se dedicara exclusivamente a dicha labor y que también sostuviera la acción penal en el juicio⁴⁷. Sólo residualmente sigue vigente el sistema contemplado en el Código de Procedimiento Penal⁴⁸.

Las diferencias entre uno y otro han sido estudiadas, sin embargo vamos a destacar dos que al objeto de este trabajo importan:

1. En el sistema inquisitivo se produce una atenuación o desaparición de la figura del acusador que se confunde con el juez. Éste es quien realiza la investigación. Corresponde a la “figura del juez inquisidor, aquel órgano de persecución penal que, identificado con los intereses del Estado, procede de oficio, detiene, interroga, investiga y sentencia”⁴⁹.

En tanto, en el sistema acusatorio la acusación está confiada al Ministerio Público, y en ocasiones a particulares. Que exista una acusación es requisito sine qua non, también que ésta sea una función ajena al juez, quien –por lo demás- no es el encargado de investigar⁵⁰.

⁴⁴ En 1997 –con la publicación de la Ley 19.519 que crea el Ministerio Público, comienza la transformación del sistema de enjuiciamiento criminal chileno (HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 17).

⁴⁵ Sobre el Proceso Penal y su reforma en Chile ver DUCE J. Mauricio – RIEGO R., Cristian. *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 37 y ss.

⁴⁶ Mensaje Código Procesal Penal, en Código Procesal Penal Editorial Lexis Nexis, Santiago 2006, p. 3.

⁴⁷ Artículo 1º LOC MP y Artículo 83 CPR.

⁴⁸ En efecto, las causas que se mantienen vigentes del sistema procesal penal antiguo y los procedimientos sometidos a justicia militar.

⁴⁹ BOFFIL G., Jorge. “La prueba en el proceso penal” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los tribunales*, Tomo XCI, N° 1: Enero – abril, año 1994, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1994, p. 17.

⁵⁰ Cfr. CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 8 y ss.

“La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho a defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros; su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye”⁵¹.

La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación, requerida por el axioma *nullum iudicium sine accusatione*, es la base de las garantías orgánicas es un modelo garantista. Comporta no sólo la diferencia entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación, sino también, y sobre todo, el papel de *parte* –en posición de paridad con la defensa- asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado⁵².

Por tanto, en este sistema los que tienen que alegar y acreditar la existencia y procedencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal son el acusador y su defensa, jamás el juez.

2. En el sistema inquisitivo se otorga discrecionalidad al juez en la búsqueda y adquisición de pruebas con prescindencia del actuar de las partes.

En el proceso acusatorio, el juez conoce lo que las partes proporcionan y falla de acuerdo a ello; por tanto el magistrado no ejerce las funciones de instructor y de juez sobre el fondo del asunto⁵³.

“La característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar,

⁵¹ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*, I. Fundamentos, Editores del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 2004.p. 444

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 567

⁵³ Cfr. CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Manual del Nuevo...*, cit., p. 8 y siguientes.

También MATURANA MIQUEL, Raúl – MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Abeledo Perrot, Santiago 2010, p. 801 y ss.

legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo. Perseguir y decidir no sólo eran labores concentradas en el inquisidor, sino que representaban una única y misma tarea; la de defenderse no era una facultad que se le reconociera al perseguido, por aquello de que, si era culpable no lo merecía, mientras que, si era inocente, el investigador probó lo descubriría⁵⁴.

Un juez instructor deja en posición desmedrada la imparcialidad del tribunal que es una de las piedras angulares de cualquier sistema de administración de justicia⁵⁵.

En consecuencia, en un procedimiento acusatorio, la prueba de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal será carga de quien las alega y no del juez, cuestión que no necesariamente ocurre en el sistema inquisitivo.

Esta necesidad de cambio es muy importante y se hizo ya insostenible a medida que los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile recogían los estándares universales del debido proceso⁵⁶, entre ellos el derecho a un Tribunal Imparcial, garantía que se ve afectada cuando quien juzga es quien además investigó el asunto sobre el cual le toca decidir.

“El derecho a la imparcialidad del tribunal constituye un pilar fundamental de la garantía del debido proceso en un Estado de Derecho, en términos que el Tribunal Europeo de derechos Humanos ha destacado “la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados...”⁵⁷.

Con este sistema se persigue el respeto a los derechos, especialmente la dignidad de los imputados, la eficacia de la persecución penal y la protección a la víctima⁵⁸.

Así, el conocimiento del juez y la forma como éste se adquiere genera un cambio en el sistema que además va acompañado con exigencias que dicen relación con la valoración y fundamentación de la decisión asumida.

⁵⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal...*, cit., p. 447.

⁵⁵ DUCE J. Mauricio – RIEGO R., Cristian. *Proceso Penal...*, cit., p. 102.

⁵⁶ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal...*, Tomo I, cit., p. 18 y ss.

⁵⁷ HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal...*, Tomo I, citando a Rodríguez Ramos, p. 19.

⁵⁸ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 40.

En esta situación de cambio también se incorpora el inciso final del artículo 343 del Código Procesal Penal que fija una oportunidad particular de discusión para aquellas circunstancias modificatorias que son ajenas al hecho punible. Esto es, una vez resuelta la decisión de condena y para los efectos de determinar el quantum de la pena y su forma de cumplimiento⁵⁹.

Al discutirse el Código Procesal Penal, el Ejecutivo hizo presente que de acuerdo al inciso final del artículo 343 el hecho punible debe encontrarse determinado en el juicio oral, como también las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal conectadas a ese hecho, por lo que lo único que podría considerarse en esta audiencia serían las circunstancias modificatorias ajenas a ese hecho a que se refiere el citado inciso del artículo 343.

La Defensoría señaló que apoya esta iniciativa⁶⁰ porque hoy se debe plantear en el momento del alegato de cierre, cuando se puede estar solicitando la absolución del defendido, una petición subsidiaria para que se aplique una medida alternativa de una pena privativa de libertad, alegato que necesariamente debe estar fundado en consideraciones que suponen la culpabilidad del defendido.

El Diputado, señor Bustos, explicó que en el Derecho Penal moderno el tema de la determinación de la pena es considerado un asunto de importancia vital porque el condenado debe ser castigado con una pena proporcionada a las circunstancias en las que actuó, de modo que, si es declarado culpable aún le asiste el derecho básico a alegar atenuantes de responsabilidad⁶¹.

2. PRINCIPIOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA PROBATORIO CRIMINAL CHILENO

El sistema penal procesal chileno comienza a perfilarse a contar de la Constitución Política de la República que en sus artículos 5° inciso segundo⁶² ⁶³ y 19 N°3 contiene las garantías que se reconocen como integrantes del Debido Proceso. Luego, la ley procesal penal se encarga de recoger estas garantías y

⁵⁹ El artículo 343 en su redacción actual es fruto de la modificación incorporado por la Ley 20074. Hasta antes de ésta la situación estaba regulada en el artículo 345 (hoy derogado) y contemplaba una audiencia facultativa.

⁶⁰ Refiriéndose a la discusión respecto del artículo 345 en relación al artículo 343 del Código Procesal Penal.

⁶¹ Ver Historia del artículo 345 del Código Procesal Penal en PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 527.

⁶² Que otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes. (Para algunos, incluso, con autoridad supraconstitucional). En este sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶³ El Derecho Internacional que se encuentra vigente en Chile viene conformado por la Convención Americana sobre Derecho Humanos que en su artículo 8° regula las garantías judiciales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 14 trata idéntico tema.

las instituye como principios básicos del enjuiciamiento criminal que enfrenta una persona.

Nos interesa destacar:

- A) El derecho a defensa⁶⁴. “Derecho fundamental, con raigambre exagerada en la humanización de los procedimientos penales, como bastión grandilocuente y explícito de cualquier sujeto, sometido y enfrentado al aparato del Estado, que no por pura coincidencia halla su más alta expresión de altivez en el derecho penal”⁶⁵.

En este sentido la defensa debe estar dotada de la misma dignidad y tener los mismos poderes de investigación que el ministerio público como presupuesto de que la tutela de los inocentes y la refutación de las pruebas de culpabilidad constituyen funciones de interés no menos público que la de castigo de los culpables y recolección de las pruebas de cargo⁶⁶.

Un efectivo derecho a la defensa va a permitir realizar las alegaciones que de acuerdo a su teoría del caso resultan necesarias, así como presentar la prueba que permita sostenerlas con el objeto de obtener la decisión favorable del tribunal y esto también en lo que se refiere a la determinación final de la condena cuando la sentencia no es absolutoria, ya sea alegando y acreditando circunstancias atenuantes o refutando y presentando contraprueba respecto de circunstancias agravantes. “Tradicionalmente, se ha incluido en el principio de *contradicción* el derecho de probar y controlar la prueba del adversario. Ello no es incorrecto, pues, sobre todo el control de la prueba del adversario, representa una manifestación del contradictorio, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que es objeto, o aminorar sus consecuencias, es una manifestación imprescindible de la posibilidad de oponerse a la persecución penal. Sin embargo, esas facultades se explican en función del ideal de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador, máxima que también integra la garantía de la defensa”⁶⁷. En este sentido “la base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, también, la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la

⁶⁴ Art. 19, N° 3 inciso 2° CPR; Art. 8° CPP; Art. 2° Ley 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública.

⁶⁵ CANCINO MORENO, Antonio. “La posición del defensor en el nuevo Código Procesal Penal” en *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, Legis, Bogotá, 2005, p. 113.

⁶⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, cit., p. 583.

⁶⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal...*, cit., p. 577.

consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad y corrección), o para inhibir la persecución penal⁶⁸.

Se pretende otorgar posibilidades iguales a los intervinientes para influir en la decisión que va a poner fin al procedimiento y para ello se debe garantizar al imputado las mismas facultades concedidas al acusador para influir en la reconstrucción fáctica, es decir, idénticas posibilidades para influir sobre la recepción y la valoración de la prueba⁶⁹.

Expresión de este derecho son:

- a) Control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia a través del derecho de contradicción en el juicio oral;
- b) Producción de prueba de descargo;
- c) Valoración de la prueba a través de tener la posibilidad de indicar al tribunal el sentido que debe tener la decisión⁷⁰.

Éstas también deben ser consideradas al momento de resolver las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

- B) El derecho a un juez imparcial⁷¹. Se produce una colocación institucional del juez y ésta es *externa* a los sujetos en causa y al sistema político y es *extraña* a los intereses particulares de unos y a los generales del otro.

La imparcialidad del juez tiene su justificación ético-política en dos valores: la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales. El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa⁷².

Esta imparcialidad también debe estar presente al momento de conocer las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y, por ello, la oportunidad de discusión resulta relevante a los efectos de generar una solución justa. Sólo una vez que se ha adoptado la decisión de condena es posible comenzar a discutir el castigo concreto que merece el hecho que se ha acreditado.

⁶⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal...*, cit., p. 552.

⁶⁹ Cfr. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal...*, cit., p. 552.

⁷⁰ Cfr. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal...*, cit., p. 585 y ss.

⁷¹ Garantía reconocida expresamente en los artículos 8° y 14 de los Instrumentos Internacionales mencionados en el número 54 y la doctrina nacional lo recoge como integrante del Debido Proceso.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, cit., p. 580.

- C) El principio de inocencia⁷³. “Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”⁷⁴.

Se ha dicho que este principio implica un status de inocencia, una presunción de inocencia, o un derecho a ser tratado como inocente, todas situaciones que no difieren en sus efectos prácticos⁷⁵. En este sentido el imputado no puede ser tratado como culpable mientras no haya una sentencia ejecutoriada que establezca lo contrario.

Es éste un estándar con el cual el ciudadano que enfrenta el juicio penal se posiciona frente al Estado y que debe ser respetado durante todo el procedimiento penal.

Una vez que se ha comprobado el hecho punible y la participación del acusado este principio ha sido roto, pero tratándose de circunstancias agravantes y, pudiendo generar, una consideración de castigo mayor, de todas maneras el imputado enfrenta su situación frente al juzgador como si tales modificatorias no existieran sino hasta que se encuentren debidamente acreditadas. En consecuencia, no se puede castigar más sino cuando se pruebe realmente su procedencia.

La afirmación recién señalada se encuentra amparada en la dignidad de toda persona y en el trato y respeto que debe recibir del Estado⁷⁶.

- D) El derecho a un juez natural⁷⁷. Este derecho se distingue por: a) la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido

⁷³ Garantía reconocida expresamente en los artículos 8° y 14 de los Instrumentos Internacionales mencionados en el número 54 y la doctrina nacional lo recoge como integrante del Debido Proceso; Art. 4 CPP

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, cit., p. 549.

⁷⁵ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, 2° edición actualizada y ampliada – 5° reimpresión, Buenos Aires, 2009, p. 123.

⁷⁶ RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. “Dignidad humana y pena capital” en *Violencia y Justicia*, Universidad de Valparaíso-Editorial, Valparaíso, 2002, p. 55 y ss.

Este autor nos dice que “La noción de la dignidad humana y su respeto suponen una concepción del hombre como ser de razón y de libertad, con capacidad, por tanto, para conocer clara y distintamente la esencia de las cosas, y también a sí mismo, y, para trazarse sobre la base de este conocimiento un plan de vida particularísimo que realizar y proponerse unos fines propios que alcanzar o a los que tender, y con capacidad, asimismo, de obrar por sí, exento de constricciones, de autodeterminarse, en cumplimiento de tal plan y consecución de tales fines. Dicho de otro modo, responden a la convicción de que cada hombre es dueño y titular de un destino personal, que no cabe confundir ni transferir; lo cual significa que no existe un equivalente ni se puede substituir por nada equiparable, y, por ende, que no puede tomarse ni tratarse a sí mismo ni ser tomado ni tratado por los demás como medio para fines ajenos, que no tiene precio, sino que se erige y constituye en fin en sí y es sujeto de dignidad”.

⁷⁷ Art. 19 N° 3 inciso 4; Art. 2 CPP.

post factum; b) la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias y c) la prohibición de jueces extraordinarios y especiales⁷⁸.

Se busca evitar toda posible manipulación política del juicio y lograr que el mismo sea verdaderamente imparcial. El proceso penal es la legitimación de una decisión de fuerza, es decir, se pretende que la decisión que adopta el Estado se perciba como un acto de poder legítimo. La idea del juez natural procura una imparcialidad para que no se responda a los intereses del poder⁷⁹.

E) Exclusividad de la investigación penal⁸⁰. He aquí la concretización de la separación de funciones entre la instrucción y el conocimiento y posterior decisión. En nuestro sistema procesal penal el juez no tiene facultad alguna para investigar; sólo ante determinadas situaciones autoriza ciertas diligencias pudiendo –incluso– ordenar algunas, pero esto como la excepción no como la regla⁸¹.

En la audiencia de determinación de pena estas garantías son también necesarias y se manifiestan en plenitud.

En efecto, siempre tiene que haber derecho a la defensa, aún después de la decisión de condena; esto ocurre frente a un tribunal imparcial; con respeto a la dignidad humana, a su vez manifestada en el principio de inocencia durante el juicio oral, pero que se mantiene incólume una vez decidido el reproche; ante un juez natural –que será aquel de adoptó la decisión de condena y no otro– y en el que la investigación de los hechos que conforman las modificatorias son también carga del Ministerio Público, quedándole vedado al juez conducir una investigación sobre este punto o recopilar prueba para su respectiva acreditación.

3. OBJETO DE PRUEBA EN MATERIA PROCESAL PENAL.

A) LOS HECHOS. “Se ha definido al procedimiento judicial como un método para conocer la verdad”⁸².

Esta verdad vendrá dada por las afirmaciones que respecto de ellas hacen los intervinientes en sus alegaciones, ya sea en cuanto a la existencia del hecho punible y la participación del acusado, ya sea en cuanto a su inocencia, ya sea en relación a los elementos que modifican la responsabilidad

⁷⁸ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, cit., p. 590.

⁷⁹ Ver BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho...*, cit., p. 141 y ss.

⁸⁰ Art. 83 CPR; Art. 3 CPP; Art. 1 LOC Ministerio Público.

⁸¹ Ver artículo 9 y 257 del Código Procesal Penal.

⁸² MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal...*, cit., p.584

penal atribuida. La alegación de un hecho consiste en la formulación de un enunciado descriptivo del mismo realizada por una parte en uno de sus actos⁸³.

Atendida la importancia del resultado el proceso judicial está orientado hacia la búsqueda de la verdad, ello si se adopta una concepción legal racional de la justicia⁸⁴. El contexto procesal, de hecho, *requiere* que se busque la verdad de los hechos como condición de corrección, validez y aceptabilidad de la decisión que constituye el resultado final del proceso⁸⁵. La función de la prueba es esencialmente la de servir para el conocimiento de los hechos⁸⁶.

La forma de obtener esta verdad va a depender de la mayor o menor libertad que se otorgue a los intervinientes para poder aportar antecedentes. Y, en Chile, con el cambio de enjuiciamiento podemos dar cuenta de un tránsito desde un sistema de prueba legal (en el Código de Procedimiento Penal) a un sistema de libertad de prueba (en el Código Procesal Penal). “La liberación del juez de las cadenas de la *apreciación* gobernada por pruebas legales, fue el motivo de la reforma. La aspiración de conocer la verdad real era incompatible con la fijación apriorística del valor probatorio de determinados medios de prueba. El “juez-calculadora automática” no era más que la caricatura del juez, y la reforma la eliminó. La libertad de apreciación de la prueba fue entendida expresamente como libertad de apreciación... el juez es ahora libre para decidir cuáles y cuántos medios de prueba eran necesarios y suficientes para convencerlo, la liberación con respecto a la situación anterior no fue solamente una “libertad de la apreciación”. Esta “libertad de aprovechamiento” significaba que, en principio, se podía probar cualquier tema de prueba con cualquier medio”⁸⁷.

El juzgamiento fáctico es un momento trascendental de la decisión, que se traduce en el correcto establecimiento de la verdad de los hechos por el juez, y esto se obtiene a través del respeto a las formas procesales que regulan el ofrecimiento, la admisión, la incorporación y la valoración de la prueba, asegurando un juicio de carácter cognoscitivo. No es posible aplicar correcta y legítimamente el derecho si los hechos no son bien establecidos⁸⁸.

⁸³ TARUFFO, Michele. “¿Verdad Negociada?” en *Revista de Derecho*, Vol. XXI – N° 1 – julio 2008, p. 141.

⁸⁴ Cfr. TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, número 114, septiembre-diciembre de 2005, p. 1285

⁸⁵ Cfr. TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1286.

⁸⁶ Cfr. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, 3ª edición, Madrid, 2009, p. 353. El autor también indica la función persuasiva que podría cumplir la prueba y que redundaría en una actividad argumentativa para determinar la decisión del juez.

⁸⁷ WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*, Editorial Temis, Bogotá, 1985, p. 316 y ss.

⁸⁸ Ver CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. *Elementos fundamentales de la actividad probatoria*, Librotecnia, Santiago, 2010, p. 21.

La libertad de prueba indica que todo elemento relevante puede ser empleado sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad para probar los hechos⁸⁹. Todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los elementos cognoscitivos propios de la racionalidad general⁹⁰. Esta es la consagración de un principio de racionalidad según el cual si se necesita determinar un hecho todos los elementos idóneos para fundar esa determinación deben poder emplearse⁹¹. Esta libertad resulta relevante en la admisión de la prueba; la formación de la prueba; la valoración de la prueba y la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez sin que esté vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de hecho⁹².

Las exigencias epistemológicas para hacer compatible el derecho probatorio con el objetivo de buscar la verdad implican distinguir tres momentos fundamentales en el proceso de toma de decisión sobre los hechos en el proceso judicial que son lógicamente distintos y sucesivas, aunque se presenten entrelazados, así: la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión, la valoración de esos elementos y la adopción de la decisión⁹³.

Aunque la averiguación de la verdad es el fin prioritario del proceso en materia de prueba, no es el único. Así: la celeridad en la toma de las decisiones, la protección de derechos fundamentales, la protección de secretos de Estado, el secreto de las relaciones abogado-cliente, son también fines y para su obtención los ordenamientos jurídicos establecen filtros a la admisibilidad de la prueba, adicional y posterior al juicio de relevancia que es el que rige la libertad de prueba⁹⁴. Por tanto, el conocimiento judicial de los hechos es institucionalizado, es decir, se desarrolla a través de concretos y tasados procedimientos jurídicos probatorios, reglas jurídicas procesales en virtud de las cuales se accede al conocimiento de los hechos que son objeto de controversia⁹⁵. Es también un fin del proceso la justicia de la decisión y ello está igualmente relacionado con la necesidad de conocer la verdad.

Aun cuando el proceso opera en tiempos relativamente restringidos, con recursos limitados, y está orientado a producir una decisión tendencialmente

⁸⁹ Cfr. TARUFFO, Michele. *La prueba de...*, cit., p.357.

⁹⁰ Cfr. TARUFFO, Michele. *La prueba de...*, cit., p.359

⁹¹ Cfr. TARUFFO, Michele. *La prueba de...*, cit., p.367

⁹² Cfr. TARUFFO, Michele. *La prueba de...*, cit., p.359 y ss.

⁹³ FERRER BELTRÁN, Jordi. "La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana" en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, p. 6.

⁹⁴ Ver FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 77.

⁹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, 3º edición, Madrid, 2010, p. 47.

definitiva (que se convierte en tal a través del mecanismo de la cosa juzgada) sobre el específico objeto de la controversia⁹⁶, una condición necesaria para la justicia de la decisión es que se averigüe la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si aplica normas a hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de forma errónea⁹⁷.

En consecuencia, *una decisión es justa si se funda sobre una determinación verídica de los hechos relevantes*. La veracidad de la determinación de los hechos no es la única condición de justicia de la decisión (no menos importante es la correcta aplicación de las normas que son empleadas como criterio de juicio), pero se trata de una condición *necesaria*, con base en la tradicional y conocida constatación que ninguna decisión puede considerarse justa y legítima si se funda “sobre hechos equivocados”, o sea sobre una reconstrucción errónea del supuesto fáctico normativo concreto que es objeto de la decisión.

En otros términos, el proceso es justo si está sistemáticamente orientado a determinar la verdad de los hechos relevantes para la decisión, y es injusto en la medida en que se obstaculiza o limita esta determinación dado que en este caso aquello que se obstaculiza o se limita es la justicia de la decisión⁹⁸. “Si bien el concepto de verdad (si suponemos la noción de verdad como correspondencia) es absoluto o no contextual, la aceptación o el tener por verdadera una proposición fáctica sobre eventos particulares o sobre generalizaciones a partir de casos particulares es, en todo caso, un acto cuya justificación es contextual o relativa a elementos de juicio disponibles. Así ocurre en el ámbito de la investigación científica, donde las teorías se encuentran por eso siempre expuestas a refutación. Así ocurre en el ámbito de la historia. Y así ocurre también con las declaraciones judiciales de hechos probados (aunque por razones de certeza jurídica no admitan, salvo en limitadas circunstancias, refutación futura en el contexto de un proceso judicial)⁹⁹.”

Así, la justicia de la decisión es un factor determinante de la justicia del proceso¹⁰⁰. Por lo mismo, la decisión no puede prescindir de la correcta interpretación y aplicación de las normas: la legalidad de la decisión es una condición esencial de su justicia, pero eso presupone –precisamente– que la justicia de la decisión venga configurada como una finalidad fundamental de cualquier proceso que pueda definirse como justo¹⁰¹. Entonces se dice que la

⁹⁶ Cfr. TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1286.

⁹⁷ Cfr. TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1292.

⁹⁸ Ver, TARUFFO, Michele. “¿Verdad...?”, cit., p. 136.

⁹⁹ ACCATINO, Daniela. “Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba” en *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, 2006, p. 50.

¹⁰⁰ Cfr. TARUFFO, Michele. “¿Verdad...?”, cit., p. 135.

¹⁰¹ Cfr. TARUFFO, Michele. “¿Verdad...?”, cit., p. 136.

justicia de la decisión se puede definir a través de tres condiciones, separadamente necesarias y conjuntamente suficientes, o sea: la corrección del procedimiento, la justa interpretación y aplicación de la ley sustancial; la veracidad de la determinación de los hechos¹⁰². Y aun cuando la veracidad de la determinación de los hechos no es la única condición de justicia de la decisión (puesto que no menos importante es la correcta aplicación de las normas que vienen empleadas como criterio de justicia), vale en todo caso la pena destacar que se trata de una condición *necesaria*, con base en la tradicional y conocida constatación que ninguna decisión puede considerarse justa y legítima si se funda “sobre hechos equivocados”, o sea sobre una reconstrucción errónea del supuesto fáctico normativo concreto que es objeto de decisión¹⁰³.

En la idea de la búsqueda de la verdad el profesor Meneses Pacheco indica que un juicio racional debe partir de la base de los sucesos concretos como fundamento de la decisión y, por ello, la determinación de los hechos basada en datos empíricos aparece como una pieza fundamental de la racionalidad¹⁰⁴. Por su parte, la profesora Daniela Accatino señala que “un juez aplicará correctamente una regla sólo si impone las consecuencias que ella prevé únicamente en los casos en que efectivamente hayan tenido lugar los hechos que ella identifica en su antecedente”¹⁰⁵. Hay una conexión entre la prueba judicial y el fin de la averiguación de la verdad acerca de los hechos. Esta relación tiene la importante consecuencia de hacer aplicables a las decisiones judiciales sobre la prueba los criterios de aceptabilidad de una proposición como verdadera que son propios de la epistemología general¹⁰⁶.

Con esta idea se reconoce que los acontecimientos del mundo real pueden ser objeto de conocimiento objetivo y atendible¹⁰⁷, y que existe la posibilidad de conseguir una determinación verídica de los hechos relevantes para la decisión a través del empleo de adecuados instrumentos probatorios¹⁰⁸.

Pero la decisión, aunque busca la verdad, no puede ser obtenida sino a través de la prueba que se aporta al juicio. En Chile existe libertad de aportación de prueba la que deberá ser valorada por el juzgador. En el ámbito de la prueba el conjunto de elementos de juicio comprenderá aquellas pruebas

¹⁰² Cfr. TARUFFO, Michele. “¿Verdad...?”, cit., p. 136.

¹⁰³ Cfr. TARUFFO, Michele. “¿Verdad...?”, cit., p. 137.

¹⁰⁴ Cfr. MENESES PACHECO Claudio. “Racionalidad en el juicio penal y presunciones legales” en *Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del derecho penal*, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 54.

¹⁰⁵ Cfr. ACCATINO, Daniela. “La aceptabilidad de los enunciados empíricos en el proceso penal”, en *Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del derecho penal*, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 391.

¹⁰⁶ Ver, ACCATINO, Daniela. La aceptabilidad de..., cit., p. 392

¹⁰⁷ Cfr. TARUFFO, Michele. “¿Verdad...?”, cit., p. 133.

¹⁰⁸ Cfr. TARUFFO, Michele. “¿Verdad...?”, cit., p. 134.

relevantes que, propuestas o aportadas oportunamente por las partes al proceso, hayan superado los filtros de admisibilidad¹⁰⁹. Así, “en el proceso penal, la búsqueda de la verdad está limitada además por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área de cultura.

Principios como el de proporcionalidad o el derecho a la intimidad impiden utilizar, de un modo absoluto o relativo, técnicas de averiguación de la verdad como la tortura, el empleo del llamado “suero de la verdad”, el detector de mentiras o las grabaciones de conversaciones telefónicas sin autorización judicial.

Por todo ello, la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, y, desde luego, se puede decir entonces, sin temor a equivocarse, que en el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio¹¹⁰.

Por todo lo anterior el sistema de valoración y el estándar de prueba que se escoja será determinante para dar o no por establecido un hecho.

B) Valoración. Abandonado el sistema de prueba legal o tasada que regía en el Código de Procedimiento Penal –y que fijaba el valor específico de las pruebas aportadas al proceso– y, por tanto, permitía dar por establecido o no un hecho; se dio paso a un sistema de sana crítica, esto es, un sistema en el cual el juez valora libremente la prueba, pero con los límites propios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados. Es necesario considerar que no se trata de una valoración librada al arbitrio del juzgador, sino que siendo libre para apreciar las pruebas aportadas al proceso no puede dar por establecido un hecho si con ello contraría los límites expresados precedentemente. Por lo mismo, no es un sistema entregado a la libre convicción del juez (que constituye un sistema de valoración distinta) y que por ello de difícil control y revisión¹¹¹. Con los límites señalados la sana crítica es revisable, pues se objetiva la forma en que es valorada la prueba por quienes no estuvieron presentes en la rendición de la misma.

El estándar de prueba que establece nuestro ordenamiento es el de “más allá de toda duda razonable”, y corresponde a la convicción que permite dar por establecido un hecho dando cuenta de la suficiencia de la prueba, es decir, “el

¹⁰⁹ ACCATINO, Daniela. La aceptabilidad de..., cit., p. 394.

¹¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, 3^o edición, Buenos Aires, 2007, p. 115

¹¹¹ Según este sistema el juez tiene el poder de valorar discrecionalmente las pruebas, de establecer su credibilidad y de derivar de ellas conclusiones en torno a la verdad o la falsedad de los enunciados relativos a hechos controvertidos de la causa (Cfr. TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1295).

grado en que una hipótesis fáctica debe resultar corroborada por las pruebas aportadas al proceso para que ella pueda tenerse por probada”¹¹². Se “impone a los jueces la obligación de condenar al acusado sólo cuando la convicción a la que hubieren llegado haya superado todas las dudas razonables que se les hubiere presentado, en cuanto a que la conducta tipificada por el Código Penal ha sido efectivamente realizada y en cuanto a que en ella le ha cabido una participación culpable. Esto, en principio, implicaría que para condenar no debieran existir explicaciones alternativas que pudieren ser calificadas como plausibles a la luz de la información disponible; y, a la vez, que para absolver bastará con haberse convencido de que –a pesar que la historia presentada por la parte acusadora pudiere merecer ser tomada en serio habida cuenta de la información disponible- hay alguna versión alternativa que sin que necesariamente sea tan fuerte como la de la acusación apareciere como una explicación razonable a partir de los datos producidos en la audiencia de prueba”¹¹³.

Otra forma de dar por establecido un hecho es fijar la suficiencia en el estándar de la “probabilidad prevalente”¹¹⁴, es decir, se rige por la idea de “más probable que no” y se afirma como criterio racional para la elección de las decisiones sobre hechos de la causa. “Se configura como una forma privilegiada de dar un contenido positivo al principio del libre convencimiento del juez, guiando y racionalizando la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas, eliminando toda implicancia irracional de esta valoración y vinculando al juez con la carga de criterios intersubjetivamente controlables”¹¹⁵.

Para Gascón “una hipótesis puede aceptarse como verdadera si *no ha sido refutada* por las pruebas disponibles y éstas *la hacen probable* (la confirman); o mejor, *más probable que cualquier otra hipótesis* sobre los mismos hechos. Destaca tres requisitos: a) no refutación: una hipótesis viene refutada por las pruebas disponibles si éstas se hallan en contradicción con aquella. De esto surge el principio de contradicción, según el cual es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis; b) confirmación: una hipótesis viene confirmada por una prueba si existe un nexo causal o lógico entre ambas. El grado de confirmación es equivalente a su probabilidad, es decir, a su

¹¹² ACCATINO, Daniela. “La aceptabilidad de...”, cit., p. 395.

¹¹³ COLOMA CORREA, Rodrigo. “El debate sobre los hechos en los procesos judiciales: ¿Qué inclina la balanza?” en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, p. 90.

¹¹⁴ En Chile, MATURANA MIQUEL, Raúl – MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal...*, cit., p. 938 y ss. También ACCATINO, Daniela. “El Modelo de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad al referirse a la probabilidad inductiva” en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, p. 119 y ss.

¹¹⁵ TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1297.

credibilidad, la que puede aumentar o disminuir; y c) mayor probabilidad que cualquier otra¹¹⁶.

El estándar de la probabilidad prevalente nos otorga el criterio de decisión racional para la elección del juez fundada en estas premisas, en la medida en la que nos ayuda a determinar cuál es la decisión, de entre las alternativas posibles, que es racional¹¹⁷. En definitiva permite dar preferencia a aquella hipótesis que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad y esto porque no resulta racional establecer como verdadera aquella que tiene un grado relativamente menor de certeza.

Lo anterior rige cuando existen varias hipótesis en juego.

Sin embargo, cuando se está en frente de una sola hipótesis, la regla se especifica en “más probable que no”. Esta regla se basa en la premisa que nos dice que cada enunciado relativo a un hecho puede considerarse como verdadero o como falso según las pruebas respectivas y que estas calificaciones son complementarias¹¹⁸.

Puede señalarse que corresponde al “estándar del grado *mínimo necesario* de confirmación probatoria necesaria para que un enunciado pueda ser considerado “verdadero”. Este estándar indica que es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho, aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación *positiva* prevalente, no sólo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50%”¹¹⁹.

Es necesario destacar que este sistema es el preponderante en materia civil y resulta funcional a la verdad judicial. “Si, como se ha sostenido, la verdad procesal de un hecho está determinada por las pruebas que lo confirman (puede considerarse “verdadero” lo que está probado); y si está probado el enunciado fundado en un grado prevalente de probabilidad lógica; entonces puede considerarse verdadero el enunciado que es más probable sobre la base de los elementos de prueba disponibles”¹²⁰.

Siguiendo este criterio de valoración en las circunstancias modificatorias, éstas debiesen quedar establecidas cuando de acuerdo a la prueba que a su respecto se rinda, sea más probable su existencia que no. Bastando tal nivel de certeza para que puedan darse por acreditadas y ser ponderadas.

¹¹⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. “La racionalidad en la prueba” en *Revista de ciencias Sociales. Sobre el razonamiento jurídico*, Edeval, Valparaíso, 2000, p. 621.

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1299.

¹¹⁸ Cfr. TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1299.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1300.

¹²⁰ TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1302

Sin embargo, como se ha señalado precedentemente, nuestro legislador optó por establecer un estándar de convicción “más allá de toda duda razonable” y que expresa el respeto por el estado jurídico de inocencia del imputado, de su dignidad humana y de los efectos que conlleva una sentencia condenatoria¹²¹. Éste indica que el juez penal sólo puede condenar al imputado cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la “certeza” de su culpabilidad y deberá quedar absuelto todas las veces en que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente¹²².

En otras palabras, “este estándar tiene un fundamento de naturaleza ética o ética política; se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la “certeza” de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente¹²³. Con esto se limitan las condenas únicamente a los casos en que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza (se elimina toda probabilidad razonable de duda) que el imputado es culpable”¹²⁴. Hay aquí una expresión del principio *in dubio pro reo*, según el cual la sentencia de condena tiene como presupuesto la expresión de la *certeza* de todas y cada una de las condiciones para reprochar un hecho punible a una persona determinada y para someterla a un pena¹²⁵.

Para la incorporación de este estándar en el sistema chileno la comisión mixta entendió que se trata de un concepto útil pues elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, es decir, aquella que excluye las dudas más importantes¹²⁶.

Duce nos indica que con la incorporación de esta cláusula “se trató de poner en evidencia que no se podía seguir funcionando sobre la base de una noción de certeza absoluta y se pretendió establecer un estándar que permita discriminar entre los niveles de duda, esto es, que respondiera la pregunta ¿cuál es el margen de error que resulta razonable aceptar para una decisión condenatoria?... La cláusula de duda razonable nos pone entonces en el escenario del conjunto de las dudas posibles generadas por el hecho de la falta de pruebas indubitadas y pretende decirnos que hay dudas aceptables, es decir, con las cuales podemos condenar, en tanto que hay otras que no son aceptables para el sistema y que por lo tanto conducen a la absolución¹²⁷. Es la

¹²¹ Ver CERDA SAN MARTIN, Rodrigo. *Elementos fundamentales...*, cit., p. 109.

¹²² Cfr. TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1306

¹²³ TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1306.

¹²⁴ Cfr. TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico...”, cit., p. 1306.

¹²⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal...*, cit., p. 880.

¹²⁶ Ver PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal...*, cit., p. 511.

¹²⁷ DUCE J. Mauricio – RIEGO R., Cristian. *Proceso Penal...*, cit., p. 496.

preeminencia de la finalidad a que ningún inocente sea condenado por sobre la de que ningún culpable sea absuelto¹²⁸

Así se completa el sistema de libre valoración: el juez pondera la prueba y determina su suficiencia. Como consecuencia de ello se da por acreditado o no un hecho.

Habiendo establecido nuestro ordenamiento este estándar de suficiencia de prueba surge la pregunta si corresponde aplicarlo a las circunstancias modificatorias; si la respuesta es positiva hay que cuestionar si a cualquiera de ellas o sólo a las agravantes. Esta situación intentaremos resolverla en el siguiente capítulo.

¹²⁸ HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 338.

CAPITULO III

SISTEMA PROBATORIO APLICABLE A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL.

1. OBJETIVO DE LA AUDIENCIA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 343.

Una vez pronunciada la decisión de condena se abrirá debate sobre las circunstancias modificatorias ajenas al hecho punible y sobre los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena. En dicha audiencia el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar su decisión, quedando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia.

Como se puede apreciar el objeto de esta audiencia es, por tanto, específico y acotado. Y, tal como lo señalamos, en lo que se refiere a modificatorias sólo puede referirse a aquellas que digan relación con la punibilidad.

Pero esta audiencia que se viene comentando no se encuentra en el apartado que regula el juicio oral y, por lo mismo, no hay reglas claras acerca del ofrecimiento, la aportación y la valoración de las pruebas que se presentan en la oportunidad de determinación de pena. De hecho se discute si lo que se produce en esta etapa procesal es o no prueba; la norma alude a antecedentes. Podemos entender por antecedentes aquellos elementos que proporcionan información que interesa para los fines de la prueba judicial; son datos que facilitan la comprobación de las hipótesis fácticas planteadas en un conflicto y que se encuentran en un estadio ajeno al juicio propiamente tal¹²⁹. En cambio, las pruebas dicen relación con “los elementos que sirven para cumplir los fines procesales de la prueba judicial en el marco de un debido proceso legal; son las personas y cosas que poseen información útil sobre los hechos, y que la ley considera idóneas para el desarrollo de la actividad de prueba y la producción del resultado probatorio en un juicio”¹³⁰.

En nuestro concepto, no obstante no encontrarse entre las normas que regulan el juicio oral, lo que se presenta en esta audiencia es prueba propiamente tal, pues las alegaciones que al respecto realizan las partes necesariamente van a ser objeto de valoración y fundamentación en la sentencia respectiva al momento de determinar la pena y, por ello, deben ser incorporadas al juicio cumpliendo ciertos requisitos. El quantum de la pena es

¹²⁹ Entendiendo que los antecedentes pueden ser entendidos como las fuentes de prueba. Ver MENESES PACHECO, Claudio. “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil” en Revista Ius et Praxis año 14, N° 2, Universidad de Talca, Talca, 2008, p. 58 y 59.

¹³⁰ Entendidos como los medios de prueba en MENESES PACHECO, Claudio. “Fuentes de ...”, cit., p. 61.

un requisito de la sentencia y ella es el resultado del razonamiento valorado y fundamentado que realiza el tribunal que está conociendo de los hechos y las circunstancias que lo rodean¹³¹.

Ahora bien, en el Código Procesal Penal se contienen dos formas bastantes distintas en cuanto a la manera de obtener información y la ponderación que de ella se hace. La primera es la reconocida en la etapa investigativa, y que está a cargo del Ministerio Público, y la segunda es la fijada para el juicio oral, que por defecto se traslada a los otros procedimientos.

Se buscará determinar cuál de estos sistemas es el más adecuado para el objeto de lo establecido en el artículo 343 del Código Procesal Penal, es decir, para la audiencia de determinación de pena.

1.1. RECOPIACIÓN DE ANTECEDENTES Y VALORACIÓN EN LA ETAPA INVESTIGATIVA.

El Ministerio Público durante la etapa investigativa busca obtener los antecedentes necesarios para ejercer la acción penal y, si corresponde, promover la realización de un juicio oral.

En esta tarea encomendada no existen procedimientos establecidos o requisitos que necesariamente tenga que satisfacer el ente persecutor para luego fundar su pretensión penal. El Ministerio Público tiene amplia libertad al momento de recabar los antecedentes que posteriormente serán valorados a efectos de adoptar una decisión en cuanto al curso del proceso. Esta valoración, en principio, es autónoma¹³² y no se encuentra sujeta a control por parte de órgano alguno.

La desformalización señalada, que concede al ente persecutor amplia libertad para adoptar una estrategia de investigación acorde a sus intereses y a la preparación de su teoría del caso, se grafica en diferentes situaciones. Por ejemplo en la obligación de registro de las actuaciones del Ministerio Público, de las Policías o, incluso, de las actuaciones judiciales, pero para esto no hay una regulación específica; tampoco la hay en cuanto a las comunicaciones y citaciones que expide el Ministerio Público a terceros o las que involucren a éste y a las Policías; se otorga al investigador la facultad autónoma de agrupar y separar investigaciones –lo que tendrá como único fundamento los fines de la persecución penal-. Todos estos son elementos que muestran la flexibilidad acerca de la forma de investigar. Es el Ministerio Público quien regula internamente el funcionamiento de sus fiscalías y la distribución de las

¹³¹ Artículo 348 Código Procesal Penal.

¹³² No obstante la facultad reconocida al querellante para forzar la acusación en caso que el Ministerio Público haya decidido no perseverar o solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, según lo dispuesto en el artículo 258 del Código Procesal Penal.

investigaciones en aras de la eficacia y conveniencia. Por tanto, no existen reglas de competencia o de acumulación de causas. El Mensaje del proyecto del Ejecutivo, señala que “los criterios de asignación, agrupación, control y evaluación de casos no son regulados por la ley procesal sino que su definición corresponderá a las autoridades del ministerio público, de acuerdo con lo que se disponga en la correspondiente ley orgánica. Con ello se espera dar lugar a una verdadera racionalización de la persecución penal a partir de criterios generales emanados de un órgano con competencia técnica y con una visión de conjunto respecto de todo el sistema”¹³³. Se trata de una investigación administrativa, no jurisdiccional, que permite la recopilación de antecedentes¹³⁴.

Al adoptar este mecanismo se “pretende dinamizar el método por medio del cual el Estado realiza la actividad destinada a averiguar acerca de aquellos hechos denunciados como delitos y a recolectar las pruebas necesarias para su juzgamiento”¹³⁵; “es una etapa del proceso penal en el cual se persigue la realización de todas las diligencias y actuaciones necesarias destinadas fundamentalmente al logro de sus objetivos y, en particular, los relativos a la recopilación de los antecedentes que permitirán probar posteriormente en un juicio oral la existencia del delito y de las personas a quienes les ha cabido participación en éste”¹³⁶.

Por tanto, no existe una regulación que determine un procedimiento conforme al cual se recopila la información necesaria y tampoco hay un criterio de valoración para cada antecedente¹³⁷. Es el Ministerio Público quien determina el orden en que recibe los antecedentes, la forma como los recopila y la ponderación que de los mismos hace a efectos de influir en la decisión que al término de la investigación realizará.

En definitiva sólo se trata de la reunión de los distintos elementos que luego serán considerados a fin de tomar una decisión sobre el curso del procedimiento.

Esta forma de investigación difiere absolutamente de lo que ocurría con el Código de Procedimiento Penal. En efecto, “en el sistema antiguo el sumario criminal consistía en un proceso de averiguación judicial, por medio del cual todos los elementos probatorios que eran obtenidos se incorporaban

¹³³ Cfr. DUCE J. Mauricio – RIEGO R., Cristian. *Proceso Penal...*, cit., p. 133 y ss. y HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal...*, Tomo I, cit., p. 454 y ss.

¹³⁴ MATURANA MIQUEL, Raúl – MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal...*, cit., p. 105

¹³⁵ DUCE J. Mauricio – RIEGO R., Cristian. *Proceso Penal...*, cit., p. 119.

¹³⁶ MATURANA MIQUEL, Raúl – MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal...*, cit., p. 543.

¹³⁷ Hay aquí una diferencia sustancial con lo regulado en el antiguo Código de Procedimiento Penal. En efecto, en el referido cuerpo legal el artículo 108 y siguientes establecía la forma de recopilar antecedentes, estableciendo reglas generales, y especiales para determinados grupos de delitos. También determinaba el valor que a cada medio se le debe asignar en relación a su aporte al procedimiento (artículos 451 y siguientes).

formalmente a un expediente escrito y secreto, pasando, por una parte, a servir como antecedente de averiguación para el desarrollo de la investigación, y constituyéndose, por la otra, en pruebas que podrían ser leídas por el órgano juzgador y valoradas en la sentencia. La concepción de la investigación que había detrás de este modelo era la de una actividad lineal, ritualista, rígida y muy formalizada¹³⁸. En el Código Procesal Penal, por el contrario, la etapa investigativa en el nuevo proceso penal implica “actividades de averiguación y recopilación de antecedentes que, en general, no están sujetas a reglas procesales y que no tienen valor mientras no sean incorporadas formalmente al proceso por el medio previsto en la ley. Esta informalidad y flexibilidad permiten que el Ministerio Público pueda organizar el trabajo de los fiscales con plena libertad¹³⁹”.

Así, se agregan simplemente a la carpeta investigativa los informes técnicos que con ocasión de la pesquisa se hayan realizado; se toma declaración al testigo –previa las advertencias legales- y se hará constar la misma en el procedimiento; se añaden los documentos que dicen relación con los hechos investigados y la participación que se atribuye. Con posterioridad, será el Ministerio Público quien determinará si son suficientes o no para apoyar su teoría del caso y, desde ese punto de vista, utilizarlas en un juicio oral, o, resultando insuficientes, comunica su decisión de no perseverar, o, si corresponde, solicita el sobreseimiento definitivo.

Con todo esta etapa y la informalidad que la rige no está exenta de límites que vienen dados por el reconocimiento que se debe hacer durante todo el curso de la investigación a las garantías del imputado y el respeto que a ellas se debe tener no obstante la imputación que se está realizando¹⁴⁰. Por lo mismo, no se podría integrar al procedimiento antecedentes obtenidos de manera ilegal; de ser así, el tribunal no podría considerarlos y tampoco valorarlos. Hay aquí un control importante en la etapa de preparación de juicio oral –que constituye una barrera a la admisibilidad de prueba¹⁴¹- o, de ser admitidas, pueden no ser valoradas en la etapa de juicio oral¹⁴².

Por ello el Ministerio Público tiene que recurrir a la autorización del juez para obtener ciertos antecedentes que pueden estimarse intrusivos sin que puedan ser ponderados en el juzgamiento si aquello no ocurre. En concreto, “se

¹³⁸ Cfr. DUCE J. Mauricio – RIEGO R., Cristian. *Proceso Penal...*, cit., p. 119.

¹³⁹ Cfr. DUCE J. Mauricio – RIEGO R., Cristian. *Proceso Penal...*, cit., p. 120.

¹⁴⁰ Limite que también alcanza los derechos y garantías de terceros en el juicio. En efecto, el artículo 9 del Código Procesal Penal establece que “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”.

¹⁴¹ En efecto, el artículo 276 del Código Procesal penal establece que se pueden excluir las pruebas que se hayan obtenido con infracción de garantías fundamentales.

¹⁴² Ver HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal...*, tomo II, cit., p. 199.

debe requerir la autorización judicial previa para llevar a cabo las actuaciones que importen la privación, restricción o perturbación de los derechos del imputado o de un tercero (artículo 9º)”¹⁴³.

Por lo ya señalado, la carpeta investigativa constituye la reunión de los elementos de los cuales se valdrá el Ministerio Público en el juicio oral y entre los que se deben incluir aquellos que digan relación con las pretensiones que tendrá en la audiencia de determinación de pena. En este sentido los artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal establecen la obligación de registro la que pone “énfasis en el contenido de la actuación o diligencia de que se trate y en la eficacia y expedición con que se lleve a cabo la misma, cuidando de garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieron derecho a exigirla”¹⁴⁴, “la fiscalía, en tanto órgano público y objetivo de la persecución criminal, debe, tal como lo señala el nuevo Código, dejar constancia en su carpeta, del conjunto de antecedentes y declaraciones que realiza y recibe, pues es ello lo que le permite el acceso al resto de los intervinientes a la información que se acumula”¹⁴⁵.

Consecuencialmente, durante la audiencia de determinación de pena el Ministerio Público no puede alegar circunstancias no contenidas en su acusación y tampoco sostenerlas en antecedentes que no sean conocidos por los intervinientes y que no consten en la carpeta investigativa. No porque haya concluido el juicio propiamente tal el órgano persecutor puede alegar circunstancias modificatorias no anunciadas en su libelo acusatorio e intentar probarlas con elementos que antes los intervinientes no tuvieron oportunidad de conocer y examinar porque no se incluyen en la investigación. En este sentido hay que considerar que existe la obligación de registrar toda actuación y diligencia que se realice con el objeto de cumplir la tarea que ha sido encomendada al Ministerio Público, esto es, la de investigar los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. No se puede obviar que entre los elementos que determinan la responsabilidad penal se encuentran las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y, por supuesto, los que afectan la punibilidad; por ello deben ser objeto de alegación y de prueba como lo es toda la postulación en la etapa para ello fijada.

Este sistema tiene ventajas en cuanto a la celeridad del procedimiento. Así, por ejemplo, facilita la incorporación de los antecedentes que puede conocer y valorar el tribunal. No hay sujeción a un orden predeterminado

¹⁴³ MATURANA MIQUEL, Raúl – MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal...*, cit., p. 809.

¹⁴⁴ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal...*, Tomo I, cit., p. 454.

¹⁴⁵ MATURANA MIQUEL, Raúl – MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal...*, cit., p. 545.

legalmente y cada fiscal es autónomo para determinar la forma en la que lleva adelante su investigación.

1.2. PRESENTACIÓN DE PRUEBAS Y VALORACIÓN DURANTE EL JUICIO ORAL.

Ya en la etapa del juicio oral nuestro Código reconoce un sistema de aportación, rendición y valoración de prueba sujeto a un procedimiento que debe cumplir ciertos requisitos a efectos que aquello que se rinda pueda ser considerado y valorado por el juzgador y que, en definitiva, sirva como base de decisión.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 340 del Código Procesal Penal el tribunal va a tomar su decisión en base única y exclusivamente a la prueba que se rinda durante el juicio oral; por tanto, los antecedentes que obren en la carpeta investigativa y que no sean incorporados legalmente a juicio no pueden constituir prueba en caso alguno. Así, es importante distinguir entre los actos de investigación y los actos de prueba propiamente tal. Para que una persona pueda ser condenada se requiere la producción de prueba en sentido estricto, en el curso del juicio oral¹⁴⁶.

Lo referente a la prueba comienza ya en la etapa intermedia. En efecto, luego de cerrada la investigación el Ministerio Público, entre las opciones que tiene, puede acusar y en su libelo debe enunciar los medios de prueba de los cuales se pretende valer (artículo 259 letra f). Es en esta oportunidad cuando el ente acusador presenta la prueba a la que acudirá para acreditar su pretensión penal; luego, durante la audiencia de preparación de juicio se procede a discutir sobre la procedencia de la prueba, esto es, si resulta pertinente al objeto materia del juicio (principal elemento a considerar desde el punto de vista epistemológico de la prueba) y no sobreabundante o que no sea consecuencia de actuaciones o diligencias declaradas nulas o que haya sido obtenida con infracción de garantías fundamentales. Surgen, entonces, causales por los cuales la prueba puede ser excluida.

La prueba que no sobrepasa este filtro no puede ser llevada a juicio oral. “El juicio oral pretende ser un método de depuración de la información, esto es, que nos permite, por lo menos hasta cierto punto, separar la información contenida en las versiones de los elementos de distorsión que provienen de las personas que las sustentan o que de algún modo la han producido”¹⁴⁷.

Ya en el juicio oral la prueba que pretende servir de base a la decisión debe rendirse e incorporarse. “De conformidad con lo establecido en el artículo 296 del Código Procesal Penal, la prueba que hubiere de servir de base a la

¹⁴⁶ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal...*, cit., Tomo I, p. 457.

¹⁴⁷ Cfr. DUCE J. Mauricio – RIEGO R., Cristian. *Proceso Penal...*, cit., p. 386.

sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley. En efecto, conforme al inciso 2° del artículo 340 del Código Procesal Penal, el tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, esto es, la que ha percibido por sí mismo originaria e inmediatamente. En consecuencia, no podría basar en el contenido de actas o documentos no introducidos legalmente al debate, o en antecedentes conocidos fuera de las audiencias del juicio o después de finalizado el mismo”¹⁴⁸.

“El artículo 328 del Código Procesal Penal establece que cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba (peritos, testigos, documentos u otros medios), correspondiendo que se reciba primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil, si se hubiere interpuesto, y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de todas las acciones que se hubieren deducido en su contra”¹⁴⁹.

En este sentido:

- La prueba testimonial se incorpora mediante la declaración de la persona durante la audiencia respectiva y en la misma puede interrogar quien lo presenta, los demás intervinientes, incluso el tribunal si lo estimase necesario¹⁵⁰. Es la información prestada de la forma señalada la que podrá ser valorada al decidir.
- Las pericias se incorporan mediante la declaración del profesional, quien debe dar cuenta de las operaciones realizadas y la conclusión arribada. Debe explicar el método utilizado; puede ser interrogada por el interviniente que lo presenta, la contraparte y el Tribunal si correspondiese¹⁵¹. El informe propiamente tal carece de valor y sólo puede ser utilizado para los efectos del artículo 332 del Código Procesal Penal, esto es, refrescar memoria o evidenciar contradicciones¹⁵².
- Los documentos se incorporan mediante su lectura.
- Los otros medios de prueba se incorporan adecuándolo al medio de prueba más análogo¹⁵³.

¹⁴⁸ HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal...*, Tomo II, cit., p. 268

¹⁴⁹ HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal...*, Tomo II, cit., p. 271.

¹⁵⁰ Artículo 309 del Código Procesal Penal,

¹⁵¹ Artículo 319 del Código Procesal Penal.

¹⁵² Sobre la prueba pericial ver DUCE, Marucio. “Admisibilidad de la prueba pericial en juicio orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional” en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, p. 45 y ss.

¹⁵³ Artículo 323 del Código Procesal Penal.

Si la prueba no es aportada de la forma ante dicha, no puede ser objeto de valoración y, por lo mismo, no puede fundar una decisión.

1.3. AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 343.

No hay, entonces, una regulación específica para la forma en que se deben alegar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal ajenas al hecho punible. Tampoco para cuándo y cómo se debe ofrecer, rendir y valorar la prueba relativa a la audiencia contemplada en el artículo 343 del Código Procesal Penal. Nuestros autores han omitido, en general, profundizar sobre ella^{154 155}.

De acuerdo a lo visto en los números anteriores se podría aplicar a esta audiencia la situación prevista para la etapa investigativa. En consecuencia, la alegación referida a esta audiencia podría iniciarse recién con ésta y, por lo mismo, las pruebas que se entreguen al tribunal en esta etapa no deben someterse a regla alguna y así se pueden leer declaraciones que guarden relación con situaciones de merecimiento de pena o presentar informes técnicos como documentos, sin necesidad que concurra el perito que lo confecciona. Es decir, se pueden trasladar los antecedentes de la carpeta investigativa sin más y en base a ellos el tribunal adoptar una decisión.

En todo caso, el respeto a las garantías del imputado y de terceros como límite subsiste al igual que en la etapa investigativa.

También podría trasladarse de manera íntegra las reglas establecidas para el juicio oral, lo que significaría trasladar todo el rito de aquel para esta audiencia. Ello implica: la alegación junto a la acusación y el respeto absoluto al principio de contradicción e intermediación y, por tanto, si la prueba de una circunstancia modificatoria corresponde a un testigo éste sería el medio idóneo de acreditación sin que pudiese sustituirse por algún otro.

Según lo señalado, tenemos entonces dos opciones reconocidas en el Código Procesal Penal para aplicar en la audiencia de determinación de pena. A fin de determinar el que resultaría más acorde a los principios y garantías que informan nuestro procedimiento analizaremos la materia relativa a las modificatorias que afectan la punibilidad y su prueba dividida en los siguientes tópicos. A saber: a) Alegación de las circunstancias modificativas que afectan la punibilidad y el ofrecimiento de prueba respectiva; b) Aportación de prueba en

¹⁵⁴ Véase HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal...*, Tomo II, cit., p. 339 – 340. También CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Manual del Nuevo...*, cit., p. 326.

¹⁵⁵ Con la modificación de la ley N° 20.074 de 2005 habría quedado cierta claridad en cuanto a que la base de los antecedentes presentados en audiencia contemplada en el artículo 343 del Código Procesal Penal no requieren haber sido consignados como prueba en el auto de apertura del juicio oral, cuestión que se analiza en el curso de este trabajo (HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba” en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, p. 21).

la audiencia del artículo 343; y c) Valoración de la prueba en la audiencia del artículo 343.

A) Alegación de las circunstancias modificativas que afectan la punibilidad y el ofrecimiento de prueba respectiva.

Creemos que en este punto no debiese haber controversia.

En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 259 c) del Código Procesal Penal, el Ministerio Público debe señalar en su acusación las circunstancias modificatorias que estima concurren en la especie sin distinguir si se refieren a la culpabilidad, a la antijuridicidad o a la punibilidad. Por aplicación de lo señalado en el artículo 261 igual obligación pesa sobre el acusador particular. Por tanto, la oportunidad para alegar circunstancias modificativas relativas a la punibilidad por parte de quien sustenta la acusación penal es al ejercicio de ésta y en su respectivo libelo. Esta conclusión fluye de las normas precedentemente señaladas, que no distinguen entre las circunstancias modificatorias ni el elemento del delito que afecta. No se puede dejar de considerar que la alegación de estas circunstancias forma parte de la pretensión penal.

Entonces, necesariamente, las pruebas que digan relación con ellas tendrán que ser ofrecidas junto a la acusación respectiva, pues al formar parte de las pretensiones penales deben sustentarse en prueba propiamente tal. Esto acorde a la búsqueda que se hace de la verdad y a la visión epistemológica que la funda y a la que tampoco se puede renunciar en esta etapa.

Por ello, no se podría reservar la alegación de las circunstancias y la prueba respectiva directamente para la audiencia señalada en el artículo 343 del Código Procesal Penal, pues el derecho para hacerlo habría precluído. Las pruebas que dicen relación con las circunstancias ajenas al hecho punible no están exceptuadas de la regla general y deben ser ofrecidas ya en el libelo acusatorio, no obstante quede diferida su producción para la audiencia en estudio¹⁵⁶. Creemos que sólo si han sido alegadas las circunstancias modificatorias en la etapa intermedia se puede revivir la discusión en la audiencia del artículo 343 y una vez dada a conocer la decisión de condena. Al ya haber sido alegadas, el auto de apertura debiese señalar la prueba que ofreció la parte acusadora y que se refiere a esta audiencia pues, tal como se señaló, la prueba ofrecida

¹⁵⁶ Hay que considerar que tratándose de circunstancias ajenas es altamente probable que las pruebas que digan relación con la punibilidad sean objeto de exclusión por impertinente en la audiencia de preparación del juicio oral por no guardar relación con el objeto materia del juicio (hecho delictivo y participación). Aun cuando ello ocurra, la alegación de estas modificatorias y el ofrecimiento de prueba que a ellas se refiere deben operar en la etapa intermedia.

sólo queda diferida para rendirse después de pronunciada la decisión de condena y condicionada a que ésta se produzca.

Esto además permite garantizar el derecho de defensa del imputado, pues éste –de haber decisión de condena- sabrá cuáles son los antecedentes que existen en su contra y que podrían significar una variación en la punibilidad permitiéndole defenderse oportunamente de ellos. Si se aceptara que el Ministerio Público pudiera discutir sólo en la audiencia del artículo 343 se vulneraría este derecho.

En cuanto a la defensa, la decisión de alegar o no respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal va a depender de su teoría del caso. En efecto, podría desde ya señalar que en el juicio el imputado va a colaborar con el esclarecimiento de los hechos o que, previamente, ha reparado con celo el mal causado. También podría reservar estas alegaciones derechamente para la audiencia de determinación de pena, si es que postula ante el tribunal la absolución del imputado o alguna eximente de responsabilidad. Esto por lo demás resulta concordante con el principio de inocencia que ampara al imputado durante todo el procedimiento.

Ahora bien, si decide realizar sus alegaciones en el juicio oral debe ofrecer sus pruebas en la audiencia de preparación de juicio oral. Si las reserva para la audiencia contemplada en el artículo 343, al inicio de la misma alegará las circunstancias modificativas respectivas y a su respecto ofrecerá prueba.

Las circunstancias que son objeto de prueba y valoración en esta audiencia son:

- a. Irreprochable conducta anterior (art. 11 N° 6 Código Penal).
- b. Reparación celosa del mal causado (art. 11 N° 7 Código Penal).
- c. La autodenuncia (art. 11 N° 8 Código Penal).
- d. Colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos (art. 11 N° 9 Código Penal).
- e. Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento (art. 12 N° 14 Código Penal).
- f. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena (art. 12 N° 15 Código Penal).

- g. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie (art. 12 N° 16 Código Penal).

Todas éstas son compatibles entre sí, según lo vimos en el capítulo primero¹⁵⁷.

Al inicio de la audiencia, y si no fue objeto de debate durante la preparación del juicio, debe darse la oportunidad de debatir sobre la admisibilidad de la prueba –a fin de garantizar los derechos de los intervinientes- permitiéndose realizar las respectivas alegaciones de exclusión si corresponde, no quedando vedada esta posibilidad por no tratarse de una audiencia preparatoria¹⁵⁸.

Este es un elemento importante a considerar. ¿A quiénes les corresponde verificar entonces que no se presenten antecedentes vulneratorios o impertinentes o sobreabundantes?. Ésta siempre será una labor jurisdiccional, pero acá no hay una regulación específica y tampoco solución dada por los autores. Creemos que por aplicación de las normas generales del juicio oral toca, entonces, a los intervinientes exigir el respeto, por sobre todo, a los principios que inspiran el proceso penal y el respeto que emana de la dignidad humana, la que no se pierde por el hecho de estar condenado¹⁵⁹.

B) Aportación de prueba en la audiencia del artículo 343.

Si se sigue el modelo regulado para la etapa investigativa, fuerza es colegir que durante esta audiencia bastará que se presenten las declaraciones escritas de los testigos o la lectura del informe pericial correspondiente.

Hay aquí una celeridad importante en cuanto al curso del juicio. Sin embargo, se coarta absolutamente la posibilidad que los intervinientes realicen el examen directo de testigos y peritos pareciendo que serían suficientes los documentos así presentados.

¹⁵⁷ Aunque entre las circunstancias agravantes contempladas en el artículo 12 N° 15 y N° 16 podría surgir un concurso aparente de leyes penales. Sobre estas circunstancias modificatorias ver POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio – ORTIZ QUIROGA, Luis. *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 211 y ss.

¹⁵⁸ Piénsese por ejemplo en la situación de los menores de edad que han sido condenados y alcanzan su mayoría de edad y son sometidos al enjuiciamiento de adultos. La Ley 20.084 por disposición de la Convención de los Derechos del Niño y lo recomendado en las reglas de Beijing no permite considerar los antecedentes del adolescente cuando es sometido a un proceso penal de adulto y, de hecho, las condenas no son ingresadas a los registros comunes sino a uno especial. Desde este punto de vista la incorporación de estos antecedentes en un juicio penal podrían afectar las garantías de los imputados sin que exista la oportunidad de filtrarlo.

¹⁵⁹ Ver nota 76.

Por otra parte, si las reglas que se aplican son las del juicio oral habría que concluir que toda la prueba, tanto la del Ministerio Público y quien sostiene una pretensión en el juicio, así como la de la defensa, deberá ser rendida conforme a las normas del referido juicio.

Por ello, los antecedentes económicos, sociales y familiares que quieran acreditarse deben incorporarse a través de la declaración del respectivo profesional que emitió pronunciamiento al respecto, es decir, como una verdadera prueba pericial.

Si alguna de las alegaciones se basa en documentos, deberán incorporarse mediante su lectura en la audiencia respectiva. Esto puede ocurrir con las reincidencias fundadas en sentencias previas, por ejemplo.

Ahora bien, si se pretende acreditar una colaboración sustancial o una autodenuncia ¿basta remitirse a lo ocurrido durante el juicio? o ¿deberá obtenerse nuevamente la declaración de testigos que al respecto fuese necesaria? Esta es una pregunta interesante a la luz del principio de celeridad del procedimiento. Creemos que puede haber una remisión a lo ocurrido en el juicio oral, en la medida que ello satisfaga las pretensiones de los intervinientes. Si así no ocurre, debiese surgir la oportunidad de rendir la prueba que sea pertinente y que supere los otros límites de admisibilidad.

En este orden de ideas, trasladar las reglas del juicio oral a la audiencia del 343 implica, en la práctica, la realización de un segundo juicio oral con un objetivo bien específico, esto es, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal ajenas al hecho punible.

Aceptar este sistema de rendición de prueba garantiza plenamente el respeto al principio de contradicción e inmediación y con ello el control que corresponde a los sujetos procesales se mantiene a cabalidad, pero también podría significar un atentado a la celeridad del procedimiento.

En todo caso, siempre se debe tener en vista que atendida la gravitación que tienen las circunstancias modificatorias en la entidad concreta de la pena no puede tomarse con liviandad la forma de acreditarlas – especialmente lo que dice relación con las agravantes-, pues podría significar quedarse en la parte superior del tramo respectivo o, incluso, aumentar en grado la penalidad que finalmente va a ser impuesta, lo que va a redundar en la forma de cumplimiento de la pena, esto es, a través

de un beneficio de la ley N° 18.216¹⁶⁰ o de manera efectiva según sea procedente.

Ahora bien, tratándose de pruebas provenientes del Ministerio Público – independiente de su naturaleza- debe constar en cuanto antecedente en la carpeta investigativa respectiva, tal cual ya fue adelantado.

Siempre se debe tener presente el respeto y, por ende, la no vulneración de las garantías de los intervinientes, lo que significa en caso alguno operar con situaciones sorpresas que puedan afectar el derecho de defensa.

Desde nuestro punto de vista la forma de rendición de prueba va a depender exclusivamente del medio de prueba que se trate.

En efecto, tratándose de documentos no hay inconveniente de aplicar plenamente las normas del juicio oral y, por tanto, se incorporan a través de su lectura.

Pero, válidamente surgen dudas en lo que se refiere a la prueba testimonial y pericial que sea necesaria para acreditar las circunstancias modificatorias que se aleguen en esta oportunidad. Acá no hay una solución legal, tampoco pronunciamiento de la doctrina. ¿Cuál sería la forma de rendir esta prueba respetando los principios de celeridad, de contradicción y de inmediación? A esta pregunta intentaremos dar respuesta en las siguientes líneas:

Creemos que una forma adecuada es la de distinguir entre circunstancias agravantes y atenuantes considerando las consecuencias que generarán en la determinación de pena.

Las agravantes por lo general se van a sustentar en documentos. Así, las sentencias que den cuenta de las condenas previas, del delito sobre la cual recayó, van a permitir acreditar la reincidencia, ya sea específica o genérica; igual ocurriría si se comete el delito mientras se cumple condena o se hubiere quebrantado, y mientras este delito sea perseguible, pues el elemento a considerar es también la sentencia que se cumple o que se quebrantó, pero quizá sea necesario complementar la prueba con un testimonio que de cuenta del efectivo cumplimiento o del quebrantamiento¹⁶¹ y ésta debe cumplir con los estándares del juicio

¹⁶⁰ O de la ley 20.603 que la modifica.

¹⁶¹ Haciendo eco de lo dispuesto en el artículo 334 del Código Procesal Penal no podrían presentarse antecedentes de la investigación como sería la denuncia por el quebrantamiento o el oficio que responde un oficio del Ministerio Público para acreditar que la pena se estaba cumpliendo o que se quebrantó, pues ello correspondería a una actuación policial o un acto de la investigación.

oral, es decir, debe permitirse la inmediación y la contradicción de la respectiva prueba.

En cuanto a las circunstancias atenuantes también algunas se satisfacen con prueba documental como ocurre con la irreprochable conducta anterior y la reparación celosa del mal causado, en donde el extracto de filiación y el depósito respectivo, u otro documento que pueda dar cuenta de esta minorante, parecieran ser suficientes para acreditar su concurrencia. Sin embargo, ¿qué sucede si el interviniente quiere complementar su prueba?, por ejemplo, para justificar lo celoso de la reparación se intenta acreditar situaciones económicas o personales del condenado mediante informes profesionales o técnicos. Creemos que por lo que significan las atenuantes y las consecuencias que generan pueden ser suplidas por declaraciones simples o por la presentación documental de un informe pericial, el que en todo caso debe cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 315 del Código Procesal penal, quedando sujeto al criterio de suficiencia la prueba aportada. Pero si el contradictor exige la presencia de los testigos o del perito no se le podría privar de exigir el respeto al principio de contradicción y, siendo así, por aplicación de las normas de juicio oral necesariamente deben concurrir las personas correspondientes.

Como no hubo ofrecimiento previo por parte de la defensa toca a ésta procurar la presencia de sus testigos o peritos a la audiencia respectiva y el tribunal debe conceder las facilidades para no hacer ilusorio el derecho de defensa. Obviamente, no podría despacharse apremios en contra de quienes no concurren si no han sido legalmente notificados con anterioridad.

Por su parte, el acusador tiene la misma obligación de hacer comparecer a sus testigos y peritos si quiere valerse de ellos.

Ahora bien, existiendo un control por parte de los intervinientes en cuanto a la calidad de la prueba toca a ellos también exigir en la práctica que se respete y trasladen a esta audiencia los estándares del juicio oral.

Existiría también la posibilidad de sustentar todas las modificatorias relativas a la punibilidad en documentos. Por lo demás, generalmente el medio que dé cuenta de ellas van a ser precisamente aquéllos. Por ello es importante la observación que hace el profesor Taruffo al tratar la formación de las pruebas: "un ejemplo adicional muy relevante de no taxatividad de los procedimientos de formación de las pruebas proviene de los ordenamientos de *common law*. En ellos la regla fundamental es que la prueba testifical se produce en audiencia mediante el mecanismo de la *cross-examination* y la aplicación estricta de las normas al respecto.



Un procedimiento típico, por tanto, y además fundado en la convicción de que se trata de uno de los momentos fundamentales del proceso. Sin embargo, desde hace algún tiempo se está asentando en la práctica la admisión del empleo de *affidavit*, es decir, de declaraciones escritas con contenido testifical cuya producción permite evitar las complicaciones y los costes de la asunción de la prueba en audiencia. El método de la *cross-examination* sigue siendo, pues, importante, pero ya no es el único método para incorporar al proceso pruebas consistentes en declaraciones testificales¹⁶². Siguiendo esta idea podríamos aceptar declaraciones de testigos y peritos en base a documentos que, dando debidamente fe de su otorgamiento a través de un ministro como pudiese ser un notario, permitan acreditar las circunstancias modificatorias que hemos venido tratando. En todo caso, si la contraparte lo exige es necesario volver a la regla de la declaración como forma de incorporación de la prueba testimonial y pericial en esta audiencia.

C) Valoración de la prueba en la audiencia del artículo 343.

Hay que tener presente que no existe un estándar de suficiencia que se imponga al Ministerio Público. Será éste quien analizando libremente los antecedentes reunidos tomará autónomamente la decisión sobre el ejercicio o no de la acción penal. No existe control al respecto.

De aplicar esto en la audiencia del artículo 343 los jueces tendrían absoluta libertad para apreciar las pruebas que a propósito de las circunstancias modificatorias ajenas al hecho punible se presenten, sin las limitaciones contempladas en el artículo 297 del Código Procesal Penal y, consecuentemente, tampoco habrá un estándar de suficiencia al cual responder. En este punto el tribunal actuaría según su íntima convicción, tal cual opera el Ministerio Público en la etapa investigativa¹⁶³.

¹⁶² TARUFFO, Michele. *La prueba de...*, cit., p.383.

¹⁶³ La íntima convicción consiste en una “noción subjetivista de la prueba, que vincula los enunciados declarativos de hechos probados con la convicción o la creencia del juez en la verdad de su ocurrencia”. (Accatino, Daniela. “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico” en *Revista de Derecho Vol. XLIX – N° 2 – Diciembre 2006*, p. 20). Se trata de un convencimiento o estado de conciencia que se experimenta en la psiquis de una persona, no de la fe en la palabra ajena o el sometimiento externo a una presión de otras personas o circunstancias externas. (Etcheberry O., Alfredo. “Consideraciones sobre el criterio de condena en el Código Procesal Penal” en *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Editorial Jurídica, Santiago, 2008, p. 670). El juzgador en el marco del juego del principio de legalidad aparecerá facultado para valorar libremente las pruebas practicadas, según su conciencia. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. “Acercas de la motivación de los hechos en la sentencia penal” en *Revista Doxa N° 12*, Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante – Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1992, p. 279).

Sin embargo, creemos que no se puede minar los estándares que también operan como garantías de un juicio justo y racional procedimiento de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales de los cuales Chile es Estado signatario. No puede quedar el merecimiento de pena a dicho criterio de valoración.

Si se opta por aplicar las reglas del juicio oral, tenemos que la prueba rendida en la audiencia del artículo 343 va a quedar sujeta a un sistema de libre valoración con los solos límites establecidos por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados; en cuanto a la suficiencia del estándar probatorio no es otro que el de “más allá de toda duda razonable”, es decir, las circunstancias que impliquen una decisión acerca del merecimiento de pena sólo podrán darse por establecidas si cumplen tales parámetros. De no superar el estándar la circunstancia respectiva no podrían darse por acreditadas.

Nosotros creemos que no debe existir distinción con las normas aplicadas en el juicio oral. Por tanto, la prueba quedará entregada a los mismos criterios establecidos para el juicio oral, esto es, una libre valoración con los límites de la sana crítica y los principios científicamente afianzados y su suficiencia será la de superar “más allá de toda duda razonable”. Por ello no podría quedar establecida una circunstancia modificatoria –al menos una agravante- si no cumple con estos requisitos. Consecuencia importante es que quedará sujeto al control del recurso de nulidad y dejará de ser una cuestión entregada sólo a los tribunales del fondo.

Tratándose de las minorantes una opción es entregar la valoración al criterio de “probabilidad prevalente”, es decir, atendidas las consecuencias de este tipo de modificatorias entender que se pueden dar por establecidas cuando es más probable que no su concurrencia. Sin embargo, creemos que la valoración de éstas queda entregada, en principio, a las mismas exigencias del juicio oral, pues no hay un principio

El artículo 342 del Code d'instruction criminelle de 1808, ordenaba instruir verbalmente y por escrito a los jurados de la siguiente manera: “La ley no exige a los jurados dar cuenta de los medios a través de los cuales adquieren su convicción; ella, no les prescribe reglas a partir de las cuales deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba: ella les prescribe interrogarse a sí mismos en silencio y recogimiento y de investigar en la sinceridad de su conciencia, cual es la impresión que sobre su razón han tenido las pruebas rendidas contra el acusado y los medios de la defensa de éste. La ley no les dice: debéis tener por verdad todo hecho atestiguado por tal o cual testigo; ella tampoco les dice: no consideréis como suficientemente establecida toda prueba que no sea formada a partir de tal proceso verbal, de tales piezas, de tales testimonios o de tales indicios; ella no les hace más que esta pregunta, que encierra toda la medida de sus deberes: ¿tenéis una íntima convicción?. (BOFFIL G., Jorge. “La prueba en...”, cit., p. 22).

similar al de inocencia que permita presumir atenuantes a favor del imputado.

En este punto la tentación inicial consiste en aplicar la presunción de inocencia a todo lo que beneficie al reo (atenuantes o eximentes), descartando todo lo que le perjudique (agravantes). Pero ello constituye un simplismo que, además, se aleja de la verdadera esencia de la presunción de inocencia, que consiste, como se ha dicho, en alejar al juez de los prejuicios de la culpabilidad. El hecho es que en el momento en que debe considerarse la concurrencia de estas circunstancias, el juez ya no alberga dudas sobre la determinación de autoría. Se sabe perfectamente que el delito ha sido cometido por el reo. En ese instante, la presunción de inocencia, por tanto, deja de desempeñar en todo caso un papel principal, aunque no lo pierda por completo.

Con respecto a las agravantes, la presunción de inocencia debe seguir desempeñando un rol protagonista, exactamente igual que en la consideración de la autoría, porque una vez declarada dicha autoría, es demasiado peligroso que el juez pueda tener la humana tendencia a agravar la responsabilidad si los hechos le parecen especialmente execrables. Entonces, en caso de duda la circunstancia agravante debe ser descartada¹⁶⁴.

Ahora bien, se podría sostener que quedando la ponderación sujeta a las reglas de la sana crítica el estándar de suficiencia "más allá de toda duda razonable" pareciera colidir con el principio "in dubio pro reo". Es decir, si hubiese duda acerca de la concurrencia de una circunstancia atenuante ¿cómo decide el juez?, ¿en base a qué principio? Toma más fuerza esta situación si se sigue lo señalado en el capítulo segundo en cuanto a que uno de los fundamentos de que la decisión de condena sea más allá de toda duda razonable es precisamente el in dubio pro reo y, por tanto, podría aquí surgir una contradicción.

Creemos que tal contradicción no se produce.

En efecto, la decisión acerca de condena es distinta de la decisión acerca de la concurrencia de elementos que gravitan en la punibilidad. Éstas operan una vez que el juicio de reproche ya ha sido establecido, por lo que ya hay decisión de condena, pero en todo caso se debe respetar la dignidad humana inherente a toda persona.

Finalmente, se debe considerar que en esta etapa se va a recurrir mucho a lo argumentativo en la presentación por parte de los intervinientes de estas

¹⁶⁴ Ver NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Editorial IBdeF, Buenos Aires, 2012, p. 285-286.

circunstancias modificatorias, pero en caso alguno el mero argumento podrá ser suficiente para darlas por acreditadas atendida la insuficiencia de éste sistema como búsqueda de la verdad, verdad de la cual no se puede prescindir aun cuando se trate de este tipo de circunstancias y de esta etapa del procedimiento¹⁶⁵.

Las circunstancias modificatorias, no por ser ajenas al hecho punible, se pueden abstraer del fin de todo proceso penal: establecer la verdad con un criterio de correspondencia y con respeto pleno a las garantías y derechos de los intervinientes, en especial, el derecho de defensa, con el objeto de obtener un decisión justa.

¹⁶⁵ Ver MENESES PACHECO, Claudio. "Fuentes de ...", cit., p. 71 y ss. También TARUFFO, Michele. *La prueba de...*, cit., p.349 y ss.

CONCLUSIONES

Ya alcanzando el final de este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal tienen incidencia directa en la determinación de la pena y, por ello, resulta necesario establecer las condiciones que permiten establecer su concurrencia y, consecuentemente la magnitud específica de sanción que merece el caso en concreto.

No es baladí el establecimiento de circunstancias modificatorias, ellas van a permitir establecer el mínimo de pena, su máximo, o, incluso, rebajar o aumentar la escala de pena que el delito en concreto merezca.

2. Se hace necesario distinguir con claridad el elemento del delito que se ve afectado por la supuesta circunstancia modificatoria que se reclama concurre en la especie, y que sólo pueden ser la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Lo señalado precedentemente no sólo va a permitir tener claridad de la oportunidad en la que cada una se debe acreditar y ponderar en nuestro sistema procesal penal, sino, mejor aún, distinguir las compatibilidades e incompatibilidades que entre ellas pueden surgir.

Esta también resulta ser una vía eficiente para conseguir mayor justicia en la determinación de la sanción que el delito reclama. Un caso se puede parecer a otro en sus generalidades, ya sea porque se da de idénticas maneras a otro ya ocurrido o porque las características de sus autores también coinciden, sin embargo habrán elementos no propios del delito que van a permitir arribar a una sanción que es el resultado de una operación valorativa. Estos elementos son los que van a permitir también entender en un caso concreto el porqué de la magnitud de la consecuencia.

3. Teniendo claridad los elementos del delito que se ven afectados por la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, podemos discernir a cuáles se refiere la ley cuando habla de circunstancias "ajenas" al hecho punible.

En este sentido se puede decir con certeza que en la audiencia generada con ocasión de la decisión de condena sólo se pueden discutir circunstancias modificatorias que digan relación con la punibilidad, es decir, con el merecimiento de pena.

La punibilidad y el mayor o menor merecimiento de pena va a guardar relación con razones de política criminal y a ellas debe atender el sentenciador al momento de establecer el castigo.

Las circunstancias modificatorias referidas a la antijuridicidad y a la culpabilidad deben ser probadas y valoradas en el curso del juicio oral, con las reglas que para él se establecen, pues en caso alguno pueden estimarse ajenas.

En todo caso, se trate de una u otras, todas deben ser alegadas, por el acusador, en el acto de la acusación. La defensa las alegará según su propia teoría del caso.

4. El proceso penal en Chile, como vía encaminada a la adopción de una decisión, ha adoptado un sistema acusatorio abandonando la vía inquisitiva.

Las principales diferencias vienen dadas por la persona que lleva adelante la investigación y por la libertad del juez para conseguir de propia iniciativa elementos de prueba, ya sea de cargo o de descargo. No cabe duda que en lo referente al primer punto el encargado es de manera exclusiva el Ministerio Público, el juez no tiene facultad alguna para dirigir la investigación, y en cuanto al segundo punto la magistratura no puede recabar tampoco elementos que luego vayan a servir de base para la decisión.

Estas limitaciones también se encuentran presentes en la audiencia que se genera con ocasión del artículo 343 del Código Procesal Penal. La prueba que se aporta sigue siendo resorte de los intervinientes y, no puede, el juez, en caso alguno, aportar o contribuir con elementos por propia iniciativa.

5. Nuestro sistema procesal penal se basa en determinados principios reconocidos en la Constitución y las leyes.

A la luz de lo dispuesto en nuestro ordenamiento, y en aras de lo que ocurra en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, siempre se debe tener presente el derecho a defensa que asiste a los intervinientes. Con este se garantiza la posibilidad de aportar prueba o antecedentes para la determinación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, de controvertir y de argumentar al respecto.

También es necesaria la presencia de un juez imparcial, garantía básica de un justo y racional procedimiento, al momento de resolver la que no se pierde aunque la decisión de condena haya sido pronunciada.

Se añade a lo anterior el principio de inocencia. Ciertamente es que una vez pronunciada la decisión de condena no se puede mantener el estatus de inocente del acusado. Sin embargo, este principio reconoce una característica esencial del ser humano –su dignidad– y si aquella se respeta durante toda la fase del proceso penal no cabe sino concluir que en aras de ella el tratamiento de quien enfrenta alegaciones que podrían agravar la consecuencia penal debe ser acorde a tal situación.

Aún luego de la decisión de condena se debe respetar el derecho al juez natural y, por ello, estas alegaciones no podrían hacerse ante un tribunal distinto de aquel que emitió el pronunciamiento de condena. Esto podría generar causales de nulidad.

Finalmente la exclusividad de la investigación penal sigue siendo el Ministerio Público y, por tanto, la pesquisa de los elementos que corresponden a circunstancias modificatorias también es resorte del ente persecutor y por su vía deben ser incorporados al juicio, sin perjuicio de las facultades reconocidas al querellante.

6. El objetivo de todo proceso es la averiguación de la verdad y a ella van encaminadas todas las actividades que se despliegan también en el enjuiciamiento criminal.

Lo anterior considerando un criterio epistemológico de la verdad, esto es, la verdad como correspondencia.

En este sentido la ley procesal penal considera la libertad de prueba y todo elemento es apto para conseguir convicción. En todo caso, existen límites y la justicia de la decisión es el principal. Cuando se considera este fin se comprende por qué un elemento, no obstante su pertinencia, debe ser excluido si se ha obtenido con infracción de garantías fundamentales, por ejemplo.

7. En nuestro sistema la valoración de la prueba viene dado por la sana crítica y la suficiencia por el criterio de “más allá de duda razonable”. De esta manera es como se determina la existencia del hecho punible y de la participación.

Tratándose de circunstancias referidas al injusto o al reproche el sometimiento es a las mismas reglas, es decir, su establecimiento y valoración no puede vulnerar los estándares fijados para el juicio oral.

Pero hay también un criterio de suficiencia distinto, el de “probabilidad prevalente”, y que puede servir filtro cuando se refiere a las circunstancias ajenas al hecho punible, especialmente las atenuantes.

8. Durante la investigación existe una recopilación no procedimental en la recepción de los antecedentes que van a servir de base a la decisión que con posterioridad se adopte. No existen reglas a las cuales deba sujetarse el Ministerio Público, su única obligación es la de dejar registro de las distintas actuaciones que vaya realizando a fin que los intervinientes tengan conocimiento pleno de ellas. En algunas ocasiones será necesario obtener autorizaciones por parte del Tribunal de Garantía cuando se puedan afectar derechos o garantías del imputado o de terceros.

Este no-forma se podría trasladar a la audiencia contemplada en el artículo 343 del Código Procesal Penal y con ello se favorece la celeridad del sistema. Sin embargo, no parece ser la más apropiada.

La valoración queda entregada a la íntima convicción. Criterio no reconocido en nuestro sistema de juicio, pero que es el que asiste al Ministerio Público al tomar de decisión de si se tiene o no un caso susceptible de ser llevado a juicio oral.

9. También está el sistema del juicio oral propiamente tal y que obliga a celebrar uno cada vez que se dicte una decisión de condena. Si bien esto garantiza seguridad, puede generar retardos y enlentecimientos al sistema que no es lo que se buscó al momento de establecer el sistema acusatorio adoptado.
10. Por lo señalado en los dos números anteriores se propone un sistema más cercano al juicio oral en el que las pruebas deben ser incorporadas conforme a las reglas que para él se han establecido.

Ciertamente, la mayoría de estas circunstancias van a permitir ser acreditadas mediante documentos, pero puede haber casos específicos que requerirían la presencia de testigos, incluso peritos, y para estos eventos debiésemos distinguir entre circunstancias agravantes y atenuantes. Las primeras van a exigir la ritualidad propia del juicio oral (ello atendida las consecuencias que generan estas circunstancias). En cuanto a las atenuantes podría sustituirse la declaración de un testigo por algún documento que la contenga o por el informe pericial otorgado, lo demás será una cuestión de valoración y suficiencia. En todo caso, si la estrategia lo amerita se puede presentar al testigo o al profesional con toda la ritualidad del juicio oral y siempre se debe presentar cuando lo exige el contradictor.

Un tema relevante es la propuesta del profesor Taruffo en cuanto a los affidavit, propio del common law, y que puede significar una forma de respetar la celeridad del procedimiento en esta audiencia con la producción de prueba también sujeta a valoración y que permite la

decisión basándose en documentos que dando cuenta de las modificatorias se encuentren dotados de fe acerca de su otorgamiento. En todo caso, de ser necesaria la intervención de testigos y peritos por exigirlo la contraparte, toca al respectivo interviniente adoptar los resguardos necesarios a fin de poder hacer comparecer a sus testigos y peritos.

- 11.El criterio de valoración será también el mismo del juicio oral, esto es, libre valoración con los límites establecidos en el artículo 297 del Código Procesal Penal y con un criterio de suficiencia basado en la “duda más allá de toda duda razonable” para ambos tipos de modificatorias.

Cierto es que se utilizará una forma de aportación más argumentativo – cuestión que también puede ocurrir en el juicio oral-, pero ello no obsta a que se elimine la visión epistemológica que informa al proceso penal de nuestro sistema aun cuando se busque determinar el merecimiento de pena.

- 12.Con esta adopción se permite la revisión de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal mediante el recurso de nulidad dejando de ser de competencia exclusiva de los tribunales del fondo.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACCATINO, DANIELA. *Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba* en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, 2006.
2. ACCATINO, DANIELA. *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad* en Formación y valoración de la prueba en el proceso penal. Editorial AbeledoPerrot, Santiago, 2010.
3. ACCATINO, DANIELA. *La aceptabilidad de los enunciados empíricos en el proceso penal*. Hacia una racionalización del derecho penal. Editorial LegalPublishing, Santiago, 2008.
4. ACCATINO, DANIELA. *La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico* en Revista de Derecho Vol XIX – N° 2 – Diciembre 2006.
5. BECCARIA, CESARE. *De los delitos y de las penas*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2004.
6. BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc s.r.l., Buenos Aires, 2009.
7. BOFILL G, JORGE. *La prueba en el proceso penal* en Revista de derecho y jurisprudencia y Gaceta de los tribunales N° 1, Tomo 91, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994 (enero – abril).
8. CANCINO MORENO, ANTONIO. *La posición del defensor en el Nuevo Código Procesal Penal* en Dogmática y Criminología, Legis, Bogotá, 2005.
9. CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO. *Elementos fundamentales de la actividad probatoria*, Librotecnia, Santiago, 2010.
10. CEREZO MIR, JOSÉ, *Derecho Penal – Parte General*, IBdeF, Montevideo, 2008.
11. COBO DEL ROSAL, M. VIVES, ANTON T.S., *Derecho penal – parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.
12. COLOMA, RODRIGO. *El debate sobre los hechos en los procesos judiciales ¿Qué inclina la balanza?* en Formación y valoración de la prueba en el proceso penal. Editorial AbeledoPerrot, Santiago, 2010.
13. CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal – Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

14. CHAHUÁN SARRÁS, SABAS. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, LexisNexis, Santiago, 2007.
15. DUCE J., MAURICIO – RIEGO R., CRISTIAN. *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
16. DUCE, MAURICIO. *Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional en Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Editorial AbeledoPerrot, Santiago, 2010.
17. ETCHEBERRY O, ALFREDO. *Consideraciones sobre el criterio de condena en el Código Procesal Penal en Delito, pena y proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
18. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
19. FERRER BELTRÁN, JORDI. *La valoración racional de la prueba*. Editorial Marcial Pons, Madrid 2007.
20. FERRER, JORDI. *La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana en Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Editorial AbeledoPerrot, Santiago, 2010.
21. GASCON ABELLAN, MARINA. *La racionalidad en la prueba en Revista de ciencias Sociales “Sobre el razonamiento jurídico”*, Edeval, Valparaíso, 2000.
22. GASCON ABELLAN, MARINA. *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, Tercera edición, Madrid, 2010.
23. GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, LegalPublisching, Santiago, 2008.
24. HERNÁNDEZ, HÉCTOR. *Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba en Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Editorial AbeledoPerrot, Santiago, 2010.
25. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS – LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
26. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS – LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

27. IBAÑEZ, PERFECTO ANDRÉS. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal* en Revista Doxa Nº 12, Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante – Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1992.
28. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *La ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1973.
29. MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*, I. Fundamentos, Editores del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 2004.
30. MATURANA MIQUEL, RAÚL – MONTERO LÓPEZ, RAÚL. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Abeledo Perrot, Santiago 2010.
31. MENESES PACHECO, CLAUDIO. “*Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*” en Revista *Ius et Praxis* año 14, Nº 2, Universidad de Talca, Talca, 2008.
32. MENESES PACHECO, CLAUDIO. *Racionalidad en el juicio penal y presunciones legales* en Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal. Editorial LegalPublisching, Santiago, 2008.
33. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO – GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal – Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
34. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
35. NIEVA FENOLL, JORDI. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Editorial IBdeF, Buenos Aires, 2012.
36. NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Curso de derecho penal chileno – Parte General*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005.
37. PESSINA, ENRIQUE. *Elementos de Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1936.
38. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
39. POLITOFF L., SERGIO – MATUS A., JEAN PIERRE. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
40. POLITOFF, SEGIO. *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

41. RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA. *Anteproyecto de Código Penal: Hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El caso de las agravantes en Delito, pena y proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
42. RIVACOBA Y RIVACOBRA, MANUEL. *Código Penal de la República de Chile y Actas de la Comisión Redactora*, Edeval, Valparaíso, 1974.
43. RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL. *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito* en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Tomo II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989.
44. RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL. *Función y aplicación de la pena*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
45. RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL. *Programa analítico de Derecho Penal*, Edeval, Valparaíso, 1997.
46. RIVACOBA, MANUEL. *Dignidad humana y pena capital en Violencia y Justicia*, Universidad de Valparaíso-Editorial, Valparaíso, 2002.
47. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. *Derecho penal español – parte general*, Dykinson, Madrid, 1993.
48. RUDNICK VIZCARRA, CAROLINA. *La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena*. Editorial Lexis Nexis, 2ª edición, Santiago, 2007.
49. TARUFFO, MICHELE. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial* en Boletín mexicano de Derecho Comparado, año XXXVIII, num. 114, septiembre – diciembre 2005.
50. TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, 3ª edición, Madrid, 2009.
51. TARUFFO, MICHELE. *¿Verdad negociada?* en Revista de Derecho, Vol. XXI – N° 1 – julio 2008.
52. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
53. WALTER, GERHARD. *Libre apreciación de la prueba*. Editorial Temis, Bogotá, 1985.
54. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal – Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

MAG
Q6p
(2012)

CB 00160788

RU 90665

Universidad de Valparaíso
Chile



AUTOR Quilodran Neculhueque, Ana

TÍTULO Prueba de las circunstancias
modificatorias de responsabilidad ...

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.

Quilodran Neculhueque, Ana
Prueba de las circunstancias modifica-
torias de responsabilidad penal en la
audiencia de determinación de pena

CB 00160788