



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO  
MAGÍSTER EN DERECHO  
(“*LEGUM MAGISTER*”)



Tesis de Magíster en Derecho

LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL Y SU ADMISIBILIDAD EN EL  
PROCESO PENAL

**Autor: Christian Eduardo Cuevas Villegas**

**Profesor Guía: Claudio Meneses Pacheco**

**Abril, 2015**

ÍNDICE .....	1
TABLA DE ABREVIATURAS .....	3
RESUMEN .....	4
PALABRAS CLAVE .....	4
INTRODUCCIÓN .....	4
1. ALGUNAS GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA PENAL .....	5
1.1. Planteamiento inicial .....	5
1.2. Los elementos o medios de prueba .....	6
1.3. El objeto de prueba .....	8
2. ¿EN QUÉ CONSISTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL? .....	10
2.1. Aspectos generales .....	11
2.2. Problemas de la denominación tradicional “prueba indiciaria” .....	13
A) Sinonimia entre prueba indiciaria y prueba indirecta .....	14
B) ¿Indicios como sinónimo de elemento de prueba? .....	19
C) Asimilación de los términos prueba indiciaria y presunción .....	22
2.3. ¿Por qué hablamos de prueba circunstancial? .....	26
3. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL EN EL PROCESO PENAL .....	28
3.1. Criterios .....	28
A) Criterio lógico de admisibilidad .....	28
B) Criterio legal de admisibilidad .....	31
3.2. ¿Es admisible la prueba circunstancial en el proceso penal? .....	32
A) Admisibilidad de la prueba circunstancial como regla general .....	33
A.1. Formulación de pautas .....	36
A.2. Listados de indicios formulados por la jurisprudencia .....	38

A.3. Pautas jurisprudenciales casuísticas según el delito .....	41
B) Necesidad de la prueba circunstancial para acreditar aspectos internos del imputado .....	43
B.1. La prueba del dolo .....	44
B.2. Prueba circunstancial tratándose de otros elementos internos del sujeto .....	48
4. ALGUNAS SITUACIONES EN QUE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL PUEDE CONSTITUIR UN PERJUICIO EXCESIVO PARA EL IMPUTADO .....	52
4.1. Admisibilidad de prueba sobre antecedentes penales del imputado .....	54
4.2. Admisibilidad de la prueba de contexto .....	56
a) Exclusión por irrelevancia .....	56
b) Exclusión por infracción de garantías fundamentales .....	57
c) Nuestra posición .....	60
CONCLUSIONES .....	62
BIBLIOGRAFÍA .....	66

## TABLA DE ABREVIATURAS

Art .....	Artículo
c .....	Considerando
CA .....	Corte de Apelaciones
CC .....	Código Civil
cc .....	Considerandos
CdPP .....	Código de Procedimiento Penal
CdeIT .....	Código del Trabajo
CP .....	Código Penal
CPP .....	Código Procesal Penal
CS .....	Corte Suprema
ed .....	Edición
inc .....	Inciso
JG .....	Juzgado de Garantía
p .....	Página
pp .....	Páginas
RIT .....	Rol Interno del Tribunal
ss .....	Siguientes
TCE .....	Tribunal Constitucional Español
TJOP .....	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
trad .....	Traducción
TSE .....	Tribunal Supremo Español

## **RESUMEN**

El trabajo analiza distintos aspectos de la tradicionalmente llamada prueba indiciaria y los problemas terminológicos que esta denominación presenta. Se intenta explicar en qué sentido este tipo de prueba es una prueba indirecta, además de plantear su diferenciación de los elementos de prueba y las presunciones. Con el objeto de evitar confusiones conceptuales se prefiere la utilización de la expresión prueba circunstancial, de común uso en el Derecho anglosajón. Posteriormente se estudian los criterios de admisibilidad de la prueba, en particular de la prueba circunstancial, concluyéndose que por regla general, este tipo de prueba es admisible, existiendo dos extremos, uno en que es indispensable para probar elementos subjetivos del imputado (por ejemplo, el dolo) y otro en que entendemos que no debiese ser admisible debido a que genera perjuicios excesivos al acusado (prueba de contexto).

## **PALABRAS CLAVES**

Prueba penal – prueba circunstancial – admisibilidad – prueba del dolo – prueba de contexto.

## **INTRODUCCIÓN**

El Derecho probatorio presenta una gran cantidad de problemas terminológicos, los cuales redundan en imprecisiones conceptuales respecto de distintas instituciones. Una de esas imprecisiones se presenta tratándose de la tradicionalmente llamada “prueba indiciaria”.

No ha sido claro el tratamiento que se le ha dado a este tipo de probanzas, constantemente se confunde a los indicios con simples elementos de prueba, se entiende que se trata de un medio de prueba, o que es un sinónimo de presunción judicial, se discute su admisibilidad, etc.

Al respecto intentaremos hacer algunas precisiones conceptuales, explicaremos que para nosotros un indicio es un hecho accesorio que permite al tribunal acercarse a conocer el hecho principal, analizaremos lo que habitualmente ha dicho la doctrina respecto de la prueba circunstancial e intentaremos fundamentar porqué preferimos utilizar esta expresión por sobre la tradicional.

Posteriormente nos centraremos en el estudio de la admisibilidad de las pruebas, particularmente de la prueba circunstancial. Adelantando nuestras conclusiones, y basándonos tanto en la doctrina nacional como extranjera y la jurisprudencia revisada, principalmente de los años 2012 y 2013, entendemos que, por regla general, este tipo de prueba es admisible en el proceso penal, existiendo dos extremos, uno en que es absolutamente necesaria, esto es, tratándose de la prueba del dolo y de los llamados elementos psicológicos en general; mientras que en otros casos, la admisión de esta prueba puede generar un prejuicio en el juzgador, debido a que se refiere a hechos anteriores del acusado que no son materia de la acusación, y que corresponde a la denominada prueba de contexto.

## **1. ALGUNAS GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA PENAL**

### **1.1. Planteamiento inicial**

El término “prueba” tiene distintas acepciones, siendo tres las principales: prueba como actividad, prueba como medio y prueba como resultado<sup>1</sup>. De esta forma, podemos entender la prueba como una actividad realizada por los intervinientes para la averiguación de los hechos<sup>2</sup>, lo que realizan a través de la aportación de distintos elementos de juicio. Dichos elementos de juicio son los que dan el soporte en base al cual el juez podrá dar por acreditadas las afirmaciones de hecho de la causa, siendo éstos conocidos como medios de prueba. Finalmente, se entenderá también como prueba el resultado que se extrae de los elementos probatorios aportados al proceso, la conclusión respecto a si se cuenta con elementos de juicio suficientes para considerar acreditado o no un hecho (Gascón Abellán, 2004: pp. 84–86; Fernández, M., 2005: pp. 28–30; Ferrer, 2005: pp. 27–28; Meneses, 2008a: pp. 45–46).

Además de sus distintas acepciones, el tema de la prueba presenta innumerables aspectos a tratar, los que claramente exceden las finalidades de nuestro trabajo; sin embargo, creemos que hay dos materias que nos resultará conveniente precisar a efectos de

---

<sup>1</sup> Para un completo análisis de los distintos significados asociados a la expresión “prueba”, véase Taruffo, 2005: pp. 439–515.

<sup>2</sup> López Masle se manifiesta en contra de la utilización de la voz “averiguación”, prefiriendo “verificación”, principalmente para confirmar que en el proceso penal, la averiguación es una actividad que se lleva a cabo en la etapa de investigación y que la prueba se produce exclusivamente en la etapa de juicio (2004: pp. 65–66).

desarrollar posteriormente nuestro análisis: los elementos o medios de prueba y el objeto de la prueba.

## 1.2. Los elementos o medios de prueba

En relación a la primera de las materias señaladas, precisemos que la determinación de los hechos realizada por el tribunal debe ser en base a elementos o medios de prueba consistentes en antecedentes que entreguen información respecto a determinados acontecimientos (Meneses, 2008a: p. 53). En este sentido, la prueba será un medio de conocimiento, cumplirá una función epistemológica; en palabras de Taruffo, los medios de prueba serán “un conjunto de información mediante el cual el tribunal conoce por inferencia los hechos del caso y realiza una reconstrucción fidedigna de esos hechos” en la búsqueda y consecución de la verdad (2003: p. 208)<sup>3</sup>. El mismo autor señala, en obras distintas, que medio de prueba será todo aquello que sirva para probar, todo lo que sea útil para el conocimiento del hecho (2005: p. 448) o “cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa” (2008: p. 15).

A nivel doctrinal, se utilizan las expresiones “elementos de prueba”, “fuentes de prueba” y “medios de prueba”, no coincidiendo siempre el significado que se le da a cada una de ellas, siendo utilizadas también como sinónimos. Para Vélez Mariconde, elemento de prueba “es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva” (1981: p. 341)<sup>4</sup>. Tradicionalmente se ha entendido que estos elementos de prueba, como parte de la realidad sensible, mientras permanecen fuera del proceso constituirán fuentes de

---

<sup>3</sup> Función epistemológica contrapuesta a la concepción persuasiva de la prueba, según la cual, el propósito de ésta es convencer al juzgador en cuanto a preferir una versión sobre otra. Para esta corriente, la prueba cumple una “función retórica”, convirtiendo al juez en un sujeto que debe ser persuadido por los abogados, y no buscar la verdad objetiva de algo (Taruffo, 2003: p. 208). Desde el punto de vista de la corriente retórica o persuasiva, será prueba todo argumento idóneo para influenciar al juez, por ejemplo, un dibujo o una maqueta, mientras que para la concepción cognoscitivista, solo lo será aquello que sirva específicamente para determinar los hechos, por ejemplo, un documento (Taruffo, 2005: pp. 349–357). Relacionado con lo anterior, recordemos que en la doctrina estadounidense se utilizan los términos *real evidence* y *demonstrative evidence*, entendiéndose por la primera aquella evidencia tangible, históricamente conectada con un caso, por ejemplo, los pantalones usados por el imputado en una violación y que han sido reconocidos por la víctima. Respecto de la segunda, si bien no hay coincidencia en cuanto a la terminología a utilizar, se le llama *demonstrative evidence* o *merely illustrative evidence*, dándose como ejemplo de este tipo de prueba, los diagramas, modelos, mapas, etc. (Giannelli, 2009: pp. 371–380).

<sup>4</sup> Autores como Cafferatta Nores (1998: p. 16) y López Masle (2004: p. 66) hacen suyo este concepto.

prueba y una vez que sean incorporados a éste, se convertirán en medios de prueba (Meneses, 2008a: pp. 50–52)<sup>5</sup>. No obstante dicha diferenciación, para algunos autores, los medios de prueba tienen otra connotación, así por ejemplo, para Clariá Olmedo son “los actos procesales destinados a introducir en el proceso los elementos de convicción” (1998: p. 311). Por su parte, Vásquez Rossi entiende que los medios de prueba, “son métodos para la recolección e incorporación de informaciones relativas a los hechos constitutivos de las atribuciones delictivas y se dirigen a que la fuente (el dato existente en la realidad) de información transmita o incorpore el conocimiento respectivo” (1995: p. 312).

Nos quedaremos con la diferenciación realizada, en distintas sentencias, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, para el cual un medio probatorio está constituido por el testigo, perito, documento o evidencia material, mientras que el elemento probatorio “corresponde a la información que entrega el medio y que sirve al juez para llegar a una conclusión determinada”<sup>6</sup>.

Para aclarar lo referido a las distintas acepciones de la voz prueba, nos parece útil la distinción que se efectúa en el Derecho anglosajón entre los términos *evidence*, *proof* y *litigation*, correspondiendo el primero de ellos a los elementos o medios de prueba, esto es, los datos, la información, las circunstancias o los conocimientos que se puedan utilizar como premisas de la resolución de los hechos litigiosos; la voz *proof*, se utiliza en el sentido de prueba como resultado, como las conclusiones o inferencias que se extraen de los elementos o medios de prueba relevantes (Taruffo, 2008: p. 34); y finalmente, la actividad probatoria en el Derecho anglosajón, es decir, la acepción que entiende a la prueba como actividad, es identificada con el término *litigation* (Meneses, 2008a: p. 47).

Más allá de las diferencias terminológicas, nosotros destacaremos la noción de elemento de prueba, el que será el dato fáctico que entrega información relevante para la decisión de un asunto controvertido. Esto es, lo que decíamos que en el Derecho anglosajón se conoce como *evidence*, y que en nuestro sistema también se ha conocido como rastros,

---

<sup>5</sup> No ahondaremos en las diferencias doctrinales entre fuentes y medios de prueba, al respecto, véase Meneses, 2008a: pp. 52–66.

<sup>6</sup> TJOP Puerto Montt, 20 marzo 2012, RIT 7–2012, c. 6°; 19 junio 2012, RIT 29–2012, c. 8°, y 22 diciembre 2012, RIT 94–2012, c. 7°.



huellas, vestigios, etc., por ejemplo, un guante ensangrentado (Meneses, 2008a: pp. 47–57)<sup>7</sup>.

Un tema trascendente, relacionado con lo que se ha señalado y respecto del cual volveremos a ocuparnos posteriormente, es el referido a la determinación de qué elementos de prueba podrán ser utilizados en el juicio penal. En este punto entra en juego el concepto de admisibilidad, el cual cuenta con dos criterios de aceptabilidad de los elementos de prueba, uno es el criterio lógico o de la relevancia, y el segundo, jurídico. El primero de ellos, es decir, el criterio lógico, antecede al jurídico, debido a que no tiene sentido preguntarse si una prueba irrelevante es o no admisible, ya que su adquisición no tendría utilidad alguna; sería una contradicción hablar de prueba irrelevante, ya que lo que no es relevante, en el fondo no tiene la aptitud de probar algo (Taruffo, 2005: pp. 364–365 y 448–449). Con el primer criterio, se cumple una exigencia lógica y epistemológica, ingresando al juicio los datos empíricos que presentan utilidad para la acreditación de los hechos, mientras que el segundo criterio de admisibilidad es una definición legal del material probatorio que podrá ser aportado (Meneses, 2008a: p. 66)<sup>8</sup>.

### **1.3. El objeto de prueba**

Respecto al segundo de los temas probatorios que analizaremos en esta primera parte, esto es, el objeto de la prueba, podemos señalar que consiste en aquello sobre lo cual debe “verificarse la demostración en el proceso” (Maturana y Montero, 2010: p. 837). No existe consenso doctrinal en cuanto a si el objeto está constituido por los hechos o por las afirmaciones de las partes sobre dichos hechos. Actualmente, la opinión predominante entiende que lo que se debe probar son las afirmaciones sobre los hechos, toda vez que son éstas la forma a través de la cual se introducen dichos hechos al proceso. Los hechos no se incluyen en el proceso como realidades naturales, en bruto, el juez no entra en contacto personal con los hechos, sino que con proposiciones relativas a éstos (Avilés, 2004: p. 178).

---

<sup>7</sup> Volveremos sobre este tema en el apartado 2.2. de nuestro trabajo.

<sup>8</sup> Sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante al respecto, el legislador, en el art. 295 CPP, alude a la pertinencia. En el texto propuesto por el Ejecutivo, se utilizaba la expresión “relevancia”, siendo modificada en la tramitación parlamentaria, dándose a este término la connotación de importancia y no de utilidad (Pfeffer, 2001: pp. 300–301). En contra López Masle, quien considera que ambos términos deben entenderse como sinónimos (2004: p. 133), este tema será tratado con mayor amplitud en el capítulo 3.

Nos hace sentido que se deba acreditar la verdad o falsedad de una afirmación sobre un hecho, por cuanto los hechos no son verdaderos o falsos, simplemente son, no obstante lo cual, ese juicio sobre veracidad o falsedad de la afirmación se efectúa en base a la existencia o no del hecho que se afirma (Fernández, M., 2005: pp. 37–38). En palabras de Taruffo, hablar de la verdad del hecho es una “fórmula elíptica para referirse a la verdad del enunciado que tiene por objeto un hecho” (2005: p. 117). Por su parte, Regina Garcimartin, refiriéndose principalmente al proceso civil, señala que el objeto de prueba, lo sería tanto el hecho – afirmado en el proceso – como la afirmación, ya que la referencia u objeto de ésta es el hecho. Los hechos necesariamente han sido alegados en el proceso y por ende forman parte de las alegaciones; según la autora, ésta sería una discusión meramente doctrinal, sin importancia práctica (1997: pp. 45–49)<sup>9</sup>.

De esta forma, se ha entendido que serán objeto de prueba los hechos relevantes o pertinentes y los hechos controvertidos, siendo hechos a probar, los siguientes:

a) Los hechos principales, que son aquellos “que representan la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma” (Taruffo,

---

<sup>9</sup> Si bien el objeto de prueba recae sobre cuestiones fácticas, existen algunos hechos que no requieren ser probados. De esta forma no deben acreditarse los hechos consentidos o no controvertidos, como son las convenciones probatorias reguladas en el art. 275 CPP; los hechos evidentes, que son aquellos relacionados al progreso científico e incorporados al acervo cultural del juez, por ejemplo, que la luminosidad diurna es mejor que la nocturna; los hechos notorios, es decir, aquellos conocidos por los miembros de un determinado grupo social en un determinado momento histórico, como es el hecho de la asunción de un Presidente de la República. Al respecto, es amplia la literatura que hace referencia a este tema, a modo ejemplar en nuestro país, véase Maturana y Montero, 2010: pp. 848–857.

Deliberadamente hemos excluido la referencia realizada por los autores citados a los hechos presumidos, por cuanto desarrollaremos el tema de las presunciones en el apartado 2.2. Asimismo, no hemos incluido dentro de esta explicación a los hechos negativos, debido que a nuestro juicio, pertenecen a una clasificación de carácter eminentemente civil. Existe en el proceso penal la presunción de inocencia, mediante la cual la carga probatoria recae exclusivamente en el acusador, no estando obligado el imputado a realizar actividad probatoria alguna, no debiendo probar “hechos negativos”, esto con independencia de la posibilidad que tiene el acusado de desarrollar una teoría del caso propia en que podrá incorporar pruebas, cfr. Maturana y Montero, 2010: pp. 857–864.

Por último, nos parece importante recordar que, como se ha sostenido largamente por la doctrina, el Derecho no debe ser probado pues no se trata de un hecho, no es un objeto respecto del cual deba recaer la actividad probatoria, idea que recoge el aforismo “*iura novit curia*”, esto es, el Derecho lo conoce el juez. Sí es necesario probar el Derecho extranjero, y en materias fuera del ámbito penal, la actividad probatoria puede recaer sobre el elemento objetivo de la costumbre, como repetición constante y uniforme de ciertos modos de obrar. Así las cosas, existe en este punto una relación directa con la presunción de conocimiento del Derecho establecida en el art. 7º CC, ya que no sería lógico probar lo que se supone conocido (Cerdeña, 2010: pp. 61–62). De acuerdo a lo señalado, si bien las normas jurídicas no son objeto de prueba, sí tienen importancia en la determinación de los hechos a probar, como señala Taruffo, “es el Derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el “hecho”” (2005: p. 92).

2005: p. 120). En el ámbito penal serán “aquellos hechos que fundamentan por sí mismos la culpabilidad, o excepcionalmente, la ausencia de ella, como ocurre en el caso de la legítima defensa” (Sánchez Vera, 2012: p. 193);

b) Los hechos secundarios, circunstanciales o indicios, que son aquellos que sin ser hechos principales, facilitan el conocimiento del hecho típico principal; no son nombrados en el tipo penal, no consisten en “matar” o “apropiarse”, (Sánchez Vera, 2012: p. 194), sino que están referidos a circunstancias del hecho principal, por ejemplo, “A” compró un arma, el día antes del homicidio de “B”, con quien mantenía distintos problemas de carácter personal.

c) Hechos sobre credibilidad de la prueba; se ha entendido que en un sistema adversarial, la etapa de juicio no es solo para producir prueba, sino que también para controlar la credibilidad de las probanzas de la parte contraria. Es importante, en algunos casos, incorporar evidencias que tengan por objeto otorgar – o restar – fiabilidad a las pruebas ofrecidas, pues de esta forma – ejemplifica Julián López — será relevante que se pruebe que el único testigo presencial de un homicidio presenta problemas en cuanto a su capacidad visual (2004: pp. 134–135). Estas pruebas permitirán controlar la calidad de un elemento probatorio (Cerdeña, 2010: p. 65)<sup>10</sup>.

Habitualmente a algunos elementos de prueba — los rastros, huellas o vestigios — se les ha denominado indicios, asimismo, a los hechos secundarios o circunstanciales e incluso a las presunciones judiciales, también se les conocido de esa forma, y en base a dicha confusión terminológica, se ha elaborado toda una doctrina de la llamada prueba indiciaria, que revisaremos a continuación.

## **2. ¿EN QUÉ CONSISTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL?<sup>11</sup>**

---

<sup>10</sup> Es principalmente en materia de delitos sexuales, y tratándose de testimonios de víctimas menores de edad, donde este tipo de prueba tiene especial importancia, al respecto véase *Evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonio. Documento de trabajo interinstitucional*, 2008: *passim* y *Oficio Fiscal Nacional 160/2009*, 2009, pp. 9–10; también se refieren a este tema, Miranda Estrampes, 2012a: *passim*, y Huerta y Maffioletti, 2010: pp. 169–180. Respecto a las críticas, que han recibido, tanto por la doctrina como de nuestros tribunales, los denominados metaperitajes de credibilidad de testimonio, véase Huerta y Maffioletti, 2009: *passim* y Huerta, 2013, *passim*.

<sup>11</sup> Nuestro trabajo está marcadamente orientado al ámbito penal, no obstante ello creemos importante destacar la reforma al procedimiento laboral llevada a cabo en nuestro país, a través de la Ley N° 20.087, de 3 enero 2006, que modificó el Código del Trabajo, y que introdujo la llamada acción de tutela laboral, la que tiene por

## 2.1. Aspectos generales

La denominación tradicional que se ha dado en nuestro ámbito a este tipo de prueba es la de “prueba indiciaria”; lo que ha generado una serie de confusiones conceptuales que luego revisaremos y que nos han llevado a preferir la expresión “prueba circunstancial”, la cual es utilizada comúnmente en el Derecho anglosajón<sup>12</sup>.

Bajo esta denominación tradicional, se ha entendido que la prueba indiciaria o por indicios es aquella que tiene por objeto acreditar ciertos hechos, mediante un razonamiento en que existe un nexo causal entre determinados hechos probados y otros que se pretende probar. La prueba indiciaria sería un concepto jurídico – procesal compuesto, estando constituida por un indicio, consistente en un dato indiciario, una inferencia aplicable y una conclusión inferida (Rosas, 2004: pp. 290–292)<sup>13</sup>. Esa sería la estructura de la prueba indiciaria, el hecho base, el llamado enlace de razonamiento y el hecho indicado o consecuencia (López, R.; Ayala y Nolasco, 2011: pp. 30–38).

Preferimos la definición que formula Sánchez Vera, quien entiende que este tipo de prueba es aquella que “trata de demostrar la certeza de unos hechos (o indicios) que no son los constitutivos del delito (no son los elementos típicos), pero de los que se entiende que deberían inferirse éstos mediante un razonamiento basado en el nexo lógico y normativo existente entre los hechos probados – los indicios –, los hechos típicos, y todos ellos entre sí” (2012: p. 195). En forma similar razona el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes señalando que los indicios, serían los “comportamientos o actuaciones que sin ser necesariamente delictivas en sí, permiten a partir de un razonamiento lógico, conforme a las

---

objeto proteger los derechos fundamentales de los trabajadores. De esta forma el art. 493 CdelT, hace referencia a la prueba circunstancial o indiciaria al señalar que “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Se ha entendido que ésta es una técnica de aligeramiento probatorio, que invierte la carga de la prueba y que se admite en beneficio del trabajador, ante el mayor poder que ostenta el empleador sobre las fuentes probatorias (Ugarte, 2009: pp. 218–225).

<sup>12</sup> Solamente a modo ejemplar, véase Heller, 2006: pp. 241 – 305; Greenstein, 2009: pp. 1801–1820 y Heeter, 2013: pp. 527–539.

<sup>13</sup> En base a lo señalado en el capítulo 1, creemos importante descartar desde ya que la prueba circunstancial (o indiciaria) sea un medio de prueba como señala Eduardo Fernández (2003: p. 13). A nuestro juicio, el autor al hacer esta referencia, tenía en mente aquella corriente que hace sinónima la prueba indirecta con las presunciones, las que en nuestro país han tenido tratamiento de medio de prueba, a lo cual aludiremos en el apartado 2.2.

reglas de la experiencia y del pensamiento humano, inferir la participación de éstos en el hecho imputado por la Fiscalía y sobre los cuales hubo controversia”<sup>14</sup>.

Nuestro código procesal, a diferencia de otros<sup>15</sup>, no regula este tema y nuestra jurisprudencia, si bien constantemente se hace cargo de estas probanzas, no ha sido fecunda en entregar un concepto que podamos utilizar; destacaremos dos sentencias, la primera de la Corte de Apelaciones de Concepción y la segunda del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, a través de los cuales se ha esbozado una conceptualización de la prueba circunstancial; en el primer fallo referido, se ha señalado que “está constituida por aquellos antecedentes probados en el juicio que permiten conocer o inferir la existencia de otros no percibidos. Estos indicios son elementos circunstanciales o indirectos, más o menos vehementes relacionados con un hecho que se pretende esclarecer y a partir de los cuales, luego de un procedimiento lógico o deductivo, el tribunal puede inferir el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado”<sup>16</sup>. Por su parte el tribunal oral de Valdivia, ha resuelto que se trataría de aquella que “no se desprende directamente (d)el hecho principal que se pretende acreditar y del que depende la decisión judicial”, no existiendo en el caso concreto “prueba alguna de la cual emane directamente la circunstancia que el acusado haya matado a su cónyuge..., no obstante, los elementos de convicción aportados en juicio han sido indicativos del hecho principal que se ha pretendido probar, en el sentido que lo sugiere de una manera altamente probable”<sup>17</sup>.

Se ha dicho por parte de la doctrina, teniendo influencia en la jurisprudencia, que este tipo de probanzas debe ser admitida y aportada en aquellos casos en que no hay prueba directa que permita acreditar las afirmaciones sobre los hechos materia del juicio y que de no ser admitida se generaría impunidad en una gran cantidad de delitos, y se provocaría una seria indefensión social (Jaén, 2000: p. 91; Devis Echandía, 2002: p. 600; Fernández, E.,

---

<sup>14</sup> TJOP Los Andes, 15 julio 2012, RIT 26–2012, c. 17.

<sup>15</sup> Por ejemplo el Código Procesal Penal peruano en su art. 158.3 y el italiano en su art. 192.2 (Miranda Estrampes, 2012c: p. 348). Como veremos más adelante en el apartado 4.3., el proyecto de código chileno elaborado por el Ejecutivo, en su art. 205, hacía referencia a la prueba indiciaria, la cual fue eliminada en la tramitación legislativa (Pfeffer, 2001: pp. 304–305).

<sup>16</sup> CA Concepción, 6 marzo 2012, Rol 35–2012, c. 6°. La Corte en esta materia, cita lo señalado previamente por el tribunal oral de Antofagasta en sentencia de 30 enero 2004.

<sup>17</sup> TJOP Valdivia, 31 diciembre 2011, RIT 113–2011, c. 6°.

2003: p. 13)<sup>18</sup>, debiendo ser admitida y valorada en aquellos casos en que se carece de prueba “directa”. A modo ejemplar, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, ha manifestado que “en el proceso penal tiene una importancia extraordinaria este tipo de prueba, pues no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho”, agregando – utilizando la denominación clásica – que “evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad de no pocos delitos; incluso, en no pocos supuestos, la prueba indiciaria puede proporcionar una mayor certidumbre que una sola prueba directa”<sup>19</sup>.

Al respecto, compartimos la crítica de Miranda Estrampes, en el sentido que efectivamente al señalar lo anterior, se estaría en el entendido que la prueba circunstancial, sería una prueba que presentaría un carácter supletorio respecto de la directa; en otras palabras que sería un sucedáneo a la prueba directa en aquellos casos en que no sea posible contar con ella, sería una prueba de segunda categoría que conllevaría una disminución del estándar probatorio (2011: p. 26). De la misma forma opina Cordón Aguilar, quien enfatiza que la prueba circunstancial no tiene carácter supletorio, sino que, al igual que la prueba directa, tiene por objeto formar la convicción del juez, logrando destruir la presunción de inocencia de la cual es titular el imputado, más allá de toda duda razonable (2012: p. 46).

Desarrollando la apreciación anterior, y en concordancia con lo que se ha venido diciendo, en nuestra opinión, la prueba circunstancial cumple la misma función que todos los elementos de prueba aportados en el proceso, esto es, aportar la mayor cantidad de datos fácticos al juez para una adecuada resolución del caso concreto. Desde la óptica racionalista, tanto la prueba, como el proceso en general, deben entenderse como un medio para alcanzar la verdad de los hechos relevantes<sup>20</sup>. Los prueba de los hechos circunstanciales entrega elementos de prueba, los cuales son medios de conocimiento, de información que permiten al juzgador obtener la verdad y lograr de esa forma decisiones justas (Taruffo, 2008: p. 20).

## **2.2. Problemas de la denominación tradicional “prueba indiciaria”**

---

<sup>18</sup> Esta idea es seguida por nuestra jurisprudencia, al respecto véase TJOP Punta Arenas, 25 mayo 2012, RIT 12–2012, c. 12; TJOP Antofagasta, 3 septiembre 2012, RIT 199–2012, c. 21; TJOP Angol, 5 febrero 2013, RIT 100–2012, c. 26; TJOP Punta Arenas, 24 julio 2013, RIT 45–2013, c. 12.

<sup>19</sup> TJOP Antofagasta, 3 septiembre 2012, RIT 199–2012, c. 21.

<sup>20</sup> Punto de vista que se opone a aquél que entiende que la finalidad del proceso es la resolución de conflictos (Taruffo, 2008, p. 21); una detallada explicación de dicho modelo, véase en Damaska, 2000: pp. 169–252.

Como ya se ha venido señalando, esta noción, al igual que muchas otras del Derecho probatorio, presenta una gran cantidad de confusiones conceptuales. Nos parece conveniente recalcar algunos aspectos que generan dificultades al utilizar el término “prueba indiciaria” y que, según nosotros, hacen preferible referirnos a este tipo de prueba con el nombre de prueba circunstancial.

### **A) Sinonimia entre prueba indiciaria y prueba indirecta**

Una clásica distinción de las pruebas es aquella que diferencia entre prueba directa e indirecta, aunque no siempre es claro el criterio que se utiliza para distinguir.

Un primer criterio de distinción es el que atiende a la percepción que tiene el juez del hecho a probar, diferenciado si lo percibe directamente o percibe otro del que se pueda obtener el primero. De esta forma, serían pruebas directas la testimonial y la instrumental, mientras que constituirían pruebas indirectas los indicios y las presunciones. Esta clasificación ha sido criticada por Taruffo, quien ha señalado que es vaga y poco atendible; vaga debido a que la percepción del juez es una noción genérica e indeterminada, además de poco atendible, ya que no es efectivo que el juez tenga una percepción directa del hecho a probar a través de un documento o de una declaración testimonial, siendo, de esa manera, la única forma de prueba directa el reconocimiento judicial (2005: p. 454)<sup>21</sup>. En nuestro sistema procesal encontramos la norma del artículo 337 CPP<sup>22</sup> que regula la constitución del tribunal en un lugar distinto a la sala de audiencia, lo cual no es obviamente, de acuerdo

---

<sup>21</sup> En el mismo sentido se pronuncia alguna doctrina estadounidense, por ejemplo Richard K. Greenstein, quien dice lo siguiente: *“The problem with the direct–circumstantial distinction is not simply that common beliefs about the significance of the distinction are false. A more fundamental problem is that the distinction, while perhaps appealing of the level of intuition, makes no logical sense. There simply is no category of evidence that brings us into direct contact with crucial facts because no such contact is possible. All facts are a function of interpretation, and this unavoidability of interpretation makes all facts a matter of inference and all evidence, whether called “direct” or “circumstantial”, nothing more or less than a contribution to that inferential process”*. [“El problema de la distinción entre prueba directa y circunstancial no es tan simple como se cree comúnmente en cuanto ésta sea falsa. Un problema más fundamental es que mientras la distinción apele a un nivel de intuición, no tiene lógica. Simplemente no hay una categoría de evidencia que nos brinde un contacto directo con hechos cruciales, porque ese contacto no es posible. Todos los hechos son susceptibles de interpretación, y esta inevitabilidad de interpretación hace que todos los hechos sean materia de inferencia y que toda la prueba, ya sea “directa” o “circunstancial”, no sea ni más ni menos que una contribución a ese proceso inferencial” (traducción nuestra)] (Greenstein, 2009: p. 1804).

<sup>22</sup> Art. 337 CPP.– Constitución del tribunal en lugar distinto de la sala de audiencias. Cuando lo considerare necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, el tribunal podrá constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias, manteniendo todas las formalidades propias del juicio.

al actual diseño procesal penal, una diligencia de investigación; tampoco es considerado un medio de prueba, sino que más bien es un elemento que puede ser útil al tribunal para formar su convicción y de esta forma poder pronunciar la sentencia respectiva teniendo un conocimiento directo de algunos aspectos imposibles de reproducir en una sala de audiencias, tales como la luminosidad, olores, humedad, u otros (Horvitz, 2004: pp. 311–312)<sup>23</sup>; y en todo caso, el conocimiento directo por parte del tribunal, solo recaerá sobre los aspectos mencionados, nunca sobre los hechos propiamente objeto de la acusación, los que ocurrieron en un tiempo pasado.

Otro criterio de distinción entre prueba directa e indirecta, sería aquel que se refiere al raciocinio que debe realizar el juzgador. Tratándose de la prueba directa, el hecho a probar surgiría derechamente del medio de prueba, sin necesidad de raciocinio; y, además, esa prueba sería capaz de fundar por sí sola la convicción judicial. La prueba indirecta por su parte sería aquella en la que el hecho que se quiere probar no surge directamente del medio de prueba y además, sería incapaz de fundar por sí sola la convicción judicial sobre el hecho (Gascón Abellán, 2004: pp. 87–88). Si bien esta distinción no es del todo clara, resaltaremos el énfasis que se hace en la necesidad o no de raciocinio, ya que según nuestro punto de vista en el procedimiento probatorio siempre será necesario el raciocinio por parte del juez<sup>24</sup>.

De esta forma, nos parece poco exacto lo que se ha dicho en cuanto a que una prueba directa no requiera ningún tipo de razonamiento por parte del juez para arribar a una conclusión mientras éste crea en la autenticidad de la prueba; y que, por otra parte, la prueba indirecta necesitaría de un razonamiento para dar por acreditada una proposición fáctica (Baytelman, 2000: p. 288). Llama la atención que se haga referencia a que el juez crea en la autenticidad de la prueba, ¿acaso no debe éste motivar razonadamente por qué

---

<sup>23</sup> Recientemente en un publicitado caso relacionado a delitos sexuales contra menores de edad en un conocido colegio de Santiago, ante una solicitud de la defensa, el tribunal se constituyó en las dependencias del establecimiento, pudiendo comprobar, entre otras cosas, lo señalado por testigos en el sentido que efectivamente el colegio se encontraba emplazado en una pendiente, que frente al gimnasio había un cerco de arbustos, que existía un canil al interior del recinto, etc. (Tercer TJOP Santiago, 30 diciembre 2013, RIT 143–2013, cc. 8º y 9º).

<sup>24</sup> También alguna jurisprudencia ha incluido, a nuestro juicio erróneamente, dentro de la prueba indirecta a la prueba de oídas, TJOP Punta Arenas, 9 diciembre 2012, RIT 72–2012. Creemos que el tribunal hace referencia a la prueba indirecta debido a que el testigo en estos casos, percibe “indirectamente” los hechos, criterio de diferenciación que no compartimos.



una prueba es creíble?, ¿un testigo será creíble debido a que no titubeó ante una pregunta?, o ¿lo será por lo que éste manifieste en su declaración y la relación de ese testimonio con otros medios de prueba? Esa tarea requiere por parte del sentenciador de un razonamiento, de una valoración de la prueba aportada (Andrés, 2007: p. 92)<sup>25</sup>.

Entendemos que desde el punto de vista del procedimiento probatorio, no existiría algún tipo de diferencia entre la llamada prueba directa y la indirecta; por el contrario, que el testigo A diga que vio al imputado disparar a la víctima y ver a ésta caer, no prueba *per se* el hecho a probar, sino que solo prueba el hecho que el testigo A dice que vio al imputado disparar a la víctima y ver a ésta caer. La declaración del testigo A probará que el imputado mató a la víctima, solo si dice la verdad, o sea no miente, no erró en su percepción o si no sufre de problemas de memoria, pero el hecho que el testigo A dice la verdad, necesita de una inferencia del mismo tipo de aquellas utilizadas en la llamada prueba indirecta (Gascón Abellán, 2004: pp. 89–90).

En este trabajo utilizaremos el criterio de distinción propuesto por Taruffo, quien remarca la relación que se debe dar entre el hecho a probar y el objeto de la prueba<sup>26</sup>. El hecho a probar es el hecho jurídicamente relevante (Juan mató a Diego), del cual depende directamente la decisión, mientras que el objeto de la prueba es aquel hecho respecto del cual la prueba ofrece la demostración o confirmación (prueba que puede recaer sobre un hecho principal o circunstancial). Según este autor, la prueba será directa o indirecta, en función a la relación que se dé entre el hecho a probar y el objeto de la prueba o, más precisamente, entre los hechos afirmados en las dos enunciaciones. Habrá prueba directa cuando las dos enunciaciones tienen por objeto un mismo hecho, o sea, cuando la prueba recae sobre el hecho principal; en el sistema anglosajón, se utiliza en este caso la expresión prueba material. Nos encontraremos ante prueba indirecta cuando el objeto de la prueba sea un hecho distinto de aquel a probar por ser jurídicamente relevante.

Ante esto, pueden presentarse dos situaciones: en primer lugar, que el hecho que es

---

<sup>25</sup> Al respecto, nos parece adecuada la opinión dada por Nieva, para quien lo relevante en la valoración de la prueba testimonial no es lo que el sujeto hace (gestos, forma de hablar, etc.), sino que más bien lo que el testigo dice, tomando gran importancia en este ámbito la denominada psicología del testimonio (2012: pp. 233–238). Respecto a dicha rama de la psicología jurídica, su desarrollo e importancia, véase González y Manzanero, 2013: *passim*, especialmente pp. 15–24.

<sup>26</sup> Véase apartado 1.3.

objeto de prueba no tenga ninguna relación lógica con el hecho a probar, caso en el cual estaremos ante una prueba irrelevante, o inútil. Incluso Taruffo estima que ni siquiera se le puede llamar prueba, porque ésta siempre debe ser apta para decir algo significativo sobre el hecho principal; en cambio, nos podemos encontrar en un caso en que del hecho que constituye el objeto de prueba puedan generarse inferencias respecto al hecho a probar. Acá nos encontramos ante una prueba que demuestra un hecho secundario que sirve para fijar, mediante un razonamiento inferencial, la verdad del hecho principal. Agrega el autor que estos hechos adquieren significación solo en el caso en que de ellos se puedan extraer argumentos respecto a la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal (Taruffo, 2005: pp. 119–128 y 455–456)<sup>27</sup>.

Como anticipáramos, nos resulta interesante la propuesta que hace Sánchez Vera, quien distingue entre hechos principales e indicios; los primeros serían aquellos que fundamentan la culpabilidad – o su ausencia, como en la legítima defensa –, es decir, se trataría en este caso de prueba sobre los hechos típicos, como matar, herir, apropiarse, etc.; mientras que los indicios, serían hechos que facilitan el conocimiento de los hechos principales, los cuales no son los mencionados por el tipo penal, por ejemplo, amenazas previas realizadas por un presunto autor contra la víctima, encontrarse esta persona cerca del sitio del suceso, haber comprado un arma el día anterior al homicidio, etc. (2012: pp. 193–194).

Siguiendo a Gascón Abellán, recurrimos al siguiente ejemplo: si el testigo A señala que vio al imputado disparar a la víctima y a ésta caer, esta declaración será prueba directa ya que recae sobre el hecho a probar, es decir, que el imputado mató a la víctima. Ahora bien, si el testigo B, declara que oyó un disparo en la casa de la víctima y luego vio al imputado huyendo del lugar, nos encontramos ante prueba indirecta ya que no se está

---

<sup>27</sup> Ferrajoli didácticamente hace una distinción entre lo que él llama prueba y los indicios dando el siguiente ejemplo: “¿Qué es lo que prueba, por ejemplo, el hecho de que Ticio testifique que ha visto salir a Cayo blandiendo un cuchillo ensangrentado de la casa de Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una cuchillada en el corazón? Es prueba, más o menos probable según la sinceridad que acreditemos a Ticio, del hecho de que éste haya visto a Cayo salir con un cuchillo en la mano de la casa de Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una herida en el corazón. Este segundo hecho, sin embargo, es sólo un indicio, más o menos probable a su vez según la fiabilidad que atribuyamos a la vista de Ticio, del hecho de que Cayo ha salido realmente de la casa de Sempronio en las sospechosas circunstancias referidas por Ticio. Y este tercer hecho es de nuevo solamente un indicio, a su vez más o menos probable según la plausibilidad de los nexos causales establecidos por nosotros, del hecho de que Cayo ha asesinado culpablemente a Sempronio” (2009: pp. 130–131).

probando el hecho principal, esto es, que el imputado mató a la víctima, sino uno circunstancial al primero. Lo mismo ocurre con aquella prueba biológica que establezca que había sangre de la víctima en la camisa del imputado (2004: pp. 90–91). Como señaláramos anteriormente, no se está probando el verbo rector del hecho típico, que en este caso es matar, sino que se está intentando acreditar que en la camisa del imputado se encontró sangre de la víctima.

Cabe recordar que la prueba tiene una finalidad reconstructiva de hechos ocurridos en el pasado, a los que siempre se llegará de manera indirecta (Giménez, 2006: p. 75). Esa reconstrucción de hechos, se hace en base a las pruebas que se aportan al proceso y que deberán ser valoradas por el juez. Como hemos dejado entrever, adherimos a la denominada concepción racionalista de la prueba, la cual tiene por objeto último la obtención de la verdad procesal<sup>28</sup>; de acuerdo a esta corriente, la prueba es una herramienta de conocimiento, debiendo ser admitidos todos los elementos de prueba relevantes, que permitan una reconstrucción verídica de los hechos. Entonces, la valoración de la prueba no debe ser irracional, como acontece, por ejemplo, en el sistema de la íntima convicción, según la cual las decisiones del juez son producto de una persuasión interior, absolutamente subjetiva, que surge del alma y no necesariamente, de la mente del juez<sup>29</sup>. En la concepción racionalista, la discrecionalidad del juez debe ser hecha en base a un criterio que garantice la racionalidad de ésta (Taruffo, 2007: pp. 72–75). Es por esta razón, que creemos que todo tipo de prueba, tanto directa, como indirecta, debe ser objeto de valoración por parte del juzgador. Es más, una adecuada valoración de las distintas pruebas aportadas al proceso, será necesaria para cumplir con lo que hoy se entiende como una garantía constitucional, la motivación de las sentencias penales (Avilés, 2004: pp. 189–195; Accatino, 2006: pp. 9–

---

<sup>28</sup> El tema de la verdad procesal ha sido ampliamente estudiado en el último tiempo y no es uno de los objetivos del presente trabajo profundizar en él; para un primer acercamiento, nos parece adecuada, principalmente por la simplicidad de su explicación, la obra de Cerda, 2010: pp. 19–33. El criterio que se adopta en la actualidad es el de la verdad como correspondencia, que en términos bastante sencillos significa que un enunciado será verdadero o falso según su correspondencia con la verdad material; si la proposición no se corresponde con lo que ha sucedido en la realidad fáctica será falsa, en cambio si se corresponde con un alto grado de confirmación de acuerdo a la información aportada, será verdadera (*idem*: pp. 21–22).

<sup>29</sup> Simplificando bastante la explicación, podemos decir que existen tres grandes sistemas de valoración de la prueba. En primer lugar encontramos el sistema de la prueba legal o tasada, luego el sistema de la íntima convicción y finalmente el sistema de la libre convicción o sana crítica racional (López, J., 2004: pp. 145–153). De estos sistemas, el único que se enmarcaría dentro de la concepción racionalista de la prueba, sería el último de ellos, el de la libre convicción o sana crítica racional.

18).

### **B) ¿Indicios como sinónimo de elemento de prueba?**

Una forma habitual de responder la pregunta ¿qué es un indicio?, ha sido la dada por Dellepiane, quien ha señalado que éste “es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido” (1989: p. 57). La primera parte de la definición se asemeja a lo dicho por Jauchen, al señalar que un indicio es “lo que modernamente se considera un elemento de prueba, es decir, todo dato o circunstancia debidamente comprobada en la causa por vía de un medio de prueba” (2002: p. 583)<sup>30</sup>. En un sentido similar, aunque sin coincidir en los términos utilizados, Miranda Estrampes estima que “el indicio no es un medio de prueba, sino un elemento (dato fáctico) de prueba a partir del cual se construye la presunción judicial” (2011: p. 19). Por el momento, nos quedaremos con la primera parte de dicha aseveración, no así la referencia a la presunción judicial, de lo que nos ocuparemos en el próximo apartado.

Nos parece que, como consecuencia de lo anterior, parte de la doctrina constantemente hace referencia al avance de la ciencia y a su importancia para el desarrollo de la denominada prueba indiciaria, principalmente en lo relativo a pruebas de ADN, dactiloscopia, análisis químicos, etc.<sup>31</sup>; estimamos que estas opiniones son hechas en el entendido que dichas técnicas generarían “indicios”, esto es, datos o elementos de prueba, los cuales tienen por finalidad aportar información que puede resultar relevante para la decisión del juez (Jauchen, 2002: p. 590; Carrasco, 2006: p. 198; Rosas, 2004: pp. 292–293; Arenas, 1988: p. 48).

En nuestro país, y en forma diversa a lo enunciado en el párrafo anterior, el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 110, dispone lo siguiente: “El delito se comprueba con el examen practicado por el juez, auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración

---

<sup>30</sup> Respecto a los elementos de prueba, véase lo dicho en el apartado 1.2.

<sup>31</sup> La criminalística es la disciplina que se encarga del estudio de la forma en que se buscan y recogen, en el sitio del suceso, los rastros o indicios relacionados con un delito en particular, al respecto, véase Artigas, 2008: pp. 35–44). En España se utiliza la expresión cuerpo del delito para designar a aquellos rastros visibles que puede dejar un hecho delictivo (Ramos Méndez, 2011: pp. 188–190). Respecto al tratamiento de estas evidencias en nuestro país, véase *Oficio Fiscal Nacional N° 060/2014*, 2014: pp. 10–11.

y de las huellas, rastros y señales que haya dejado el hecho; con las disposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó; con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia”. Como podemos observar, la redacción de esta norma, hace referencia a las huellas, rastros y señales, pero los distingue de los indicios, expresión que en este caso se utiliza como sinónimo de presunción.

Creemos que el actual código de enjuiciamiento no utiliza el término indicio solo como sinónimo de elemento de prueba, sino que confunde conceptos, así por ejemplo, en su artículo 83, al regular las denominadas facultades autónomas de la policía, el legislador señala que ésta evitará que se “alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo”. Entendemos que estos rastros, vestigios o instrumentos, son datos fácticos que entregan información, es decir, elementos de prueba, a los que no llama indicios.

En el artículo 85 CPP, que regula el control de identidad, se faculta a las policías a solicitar la identificación de cualquier persona respecto de la cual existan indicios de que haya cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. En este caso, estimamos que la voz indicio no solamente se refiere a la existencia de un elemento de prueba, por ejemplo que una persona tenga en sus manos una piedra ensangrentada, sino también a hechos o circunstancias anexas, tales como permanecer durante mucho tiempo en una calle o esquina oscura en horas de la noche con actitud vigilante, acercándose a los transeúntes y/o vehículos que transitan por el lugar, o huir corriendo ante la llegada de la policía, luego de haberse oído un disparo, estas circunstancias no son elementos de prueba que se aportarán al proceso, sino que son hechos que deberán ser incorporadas a través de algún medio de prueba, por ejemplo, una declaración testimonial, una grabación de vídeo, u otro semejante<sup>32</sup>; la piedra ensangrentada es un elemento de prueba, mientras que las conductas de la persona, son

---

<sup>32</sup> La Corte Suprema ha puesto énfasis en las circunstancias del caso particular a que se refiere el art. 85 a la hora de apreciar los indicios por parte de la policía (CS, 30 mayo 2012, Rol 2813–2012, c. 5º), esto es lo que en doctrina se ha llamado “relevancia del entorno fáctico” en que tiene lugar el control de identidad (Rabi, 2010: p. 350).

hechos accesorios. Estimamos que la redacción del artículo 89 CPP va en el mismo sentido y debiese tener idéntica interpretación.

No nos queda claro el significado de la expresión “signos evidentes” de la comisión de un delito, utilizada en el artículo 206 CPP. A nuestro juicio, en base a una interpretación sistemática de las normas referidas anteriormente, debería ser entendida como equivalente a elementos de prueba – o indicios según la denominación del artículo 85 CPP –; no obstante lo anterior, la Corte Suprema pareciera no hacer la misma equiparación, habiendo manifestado que “en el escenario descrito, ocurre que los funcionarios policiales disponían de al menos tres signos evidentes de estarse cometiendo un delito en el domicilio del acusado: el primero, avalado por los denunciante que motivaron la orden de investigar; el segundo, constituido por la apreciación visual de los mismos funcionarios que vieron al imputado entregar a un tercero – frente a su domicilio – algo que de acuerdo a su experticia pareció ser droga; y el último, conformado por la sindicación del mismo comprador, quien atribuyó al acusado la calidad de vendedor”<sup>33</sup>. Entendemos que la interpretación que hace de la expresión signos evidentes es más amplia, incluyendo a los hechos accesorios.

También quisiéramos agregar que no compartimos la redacción utilizada por el legislador al agregar el inciso tercero al artículo 206 CPP<sup>34</sup>. En este inciso, la norma dispone que, tratándose del delito de abigeato, la policía podrá ingresar a un predio cuando existan indicios o sospechas de la perpetración de dicho ilícito. Doctrinalmente se ha criticado que el indicio sea considerado como equivalente de sospecha o conjetura, esta equiparación tendría su origen en la Edad Media y llevó a que se entendiera que los indicios no podían constituir plena prueba, sino solamente prueba semiplena (Arenas, 1988: pp. 42–43; Miranda Estrampes, 2011: p. 19; Córdón Aguilar, 2012: pp. 62–63). La sospecha, la conjetura, la corazonada, serían una especie de indicio debilitado y constituirían un mero juicio de posibilidad, dudoso, del cual no se podría llegar a una conclusión lo suficientemente certera como para arribar a un fallo condenatorio (Giménez, 2006, p. 77).

De acuerdo a lo que hemos venido señalando en nuestro trabajo, para nosotros, un indicio es un hecho secundario, es decir, aquella circunstancia distinta al hecho a probar —

---

<sup>33</sup> CS, 25 julio 2012, Rol 4215–2012, c. 8º.

<sup>34</sup> Ley N° 20.090, publicada el 11 enero 2006.

objeto del juicio —, no compartiendo por tanto la pretendida sinonimia entre indicio y elemento de prueba, que para nosotros es aquel dato fáctico que puede ser empleado para el conocimiento de un hecho. Al respecto, nos resulta pertinente insistir en la referencia al Derecho angloamericano, para el cual el término *evidence* se refiere a los datos cognitivos y a la información a través de los cuales se puede arribar a la verdad procesal; en ese contexto, *evidence*, será todo aquel material probatorio que pueda servir para probar un hecho (Taruffo, 2008: p. 34).

### **C) Asimilación de los términos prueba indiciaria y presunción**

Algunos autores han entendido que indicio y presunción son expresiones sinónimas, utilizándose en algunos casos el término presunción para el ámbito civil, y reservándose la voz indicio para el Derecho penal (Carnelutti, 1950: p. 318).

La doctrina chilena anterior a la reforma procesal penal trataba el tema de los indicios a propósito del estudio de las presunciones como medios de prueba, basándose en lo preceptuado en el artículo 457, N° 6 CdPP<sup>35</sup> (López, O., 1969: pp. 79–83; Fontecilla, 1978: pp. 361–367; Paillás, 1986: pp. 122–128; Jorquera y Herrera, 1993: pp. 501–505), no obstante ello, se reconocía que las presunciones no constituían un medio de prueba propiamente tal, sino que nos encontraríamos ante una inferencia, ya que de un hecho conocido, se infiere la existencia de un hecho desconocido (Paillás, 1986: p. 122)<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> El art. 457 CdPP, señala lo siguiente:

“Los medios por los cuales se acreditan los hechos en un juicio criminal, son:

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

Sobre cada uno de estos medios de prueba rigen las disposiciones dictadas a su respecto en la parte primera de este libro y en los párrafos siguientes.”

<sup>36</sup> Precisamente debido a que no consideramos a la prueba indirecta como un medio de prueba es que nos parece incorrecto lo señalado por Eduardo Fernández, quien entiende que en aquellos casos en que no hay pruebas para acreditar la culpabilidad de un individuo, se reconoce “a la prueba indirecta el valor de un medio de prueba autónomo, con capacidad probatoria propia, eficaz, objeto y capaz de fundar por sí solo una resolución condenatoria con caracteres de legitimidad suficiente” (2003: p. 13). Esta noción ha sido recogida por alguna jurisprudencia, véase CA Concepción, 6 marzo 2012, Rol 35–2012, c. 7°, la cual en el c. 31, insiste

Couture comparte este criterio, haciendo notar que las presunciones no son medios de prueba, sino que “tan sólo uno de los muchos elementos integrantes de ese conjunto de operaciones intelectuales que es menester realizar para dictar una sentencia” (1958: p. 266).

De acuerdo al artículo 485 CdPP, “presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona”.

Siguiendo el criterio establecido por el Código Civil<sup>37</sup>, las presunciones pueden ser legales, de derecho y judiciales. Las primeras son aquellas establecidas por la ley y respecto de las cuales se puede aportar prueba en contra de la existencia del hecho que legalmente se presume, éstas son las llamadas presunciones *iuris tantum*<sup>38</sup>; las presunciones de derecho o *iuris et de iure*, son las que hacen inadmisibile la prueba en contrario, y que no pueden tener cabida en materia penal; y, finalmente encontramos las presunciones judiciales, que son las que deduce el juez, también llamadas *presumptiones hominis* (Fontecilla, 1978: p. 366). Al respecto, el artículo 486 CdPP, señala lo siguiente:

“Las presunciones pueden ser legales o judiciales. Las primeras son las establecidas por la ley, y constituyen por sí mismas una prueba completa, pero susceptible de ser desvanecida mediante la comprobación de ciertos hechos determinados por la misma ley.

---

en esta idea señalando lo siguiente: “Que la prueba indiciaria, al igual que los demás medios probatorios, sirve para acreditar la existencia del hecho punible, la participación que en él hayan tenido determinadas personas o la responsabilidad de las mismas”.

<sup>37</sup> Art. 47 CC: Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

<sup>38</sup> Sin entrar de lleno al estudio de las presunciones legales, podemos decir que éstas son soluciones que da el legislador a partir de ciertos supuestos; serían una forma alternativa de determinación de la cuestión fáctica, prescindiendo de los medios de prueba y en general del modelo epistemológico de decisión judicial, en otras palabras, es el legislador quien da la solución al juez, y no éste quien lo hace en base a la información aportada al juicio por las partes (Meneses, 2008b: p. 59). En palabras de Cafferata Nores, una presunción, es una norma legal que suple en forma absoluta la prueba del hecho (1998: p. 191). Al respecto, resulta clarificador el análisis que hace Gama sobre la ambigüedad del término presunción, así como de las diferencias y similitudes entre los distintos tipos de presunciones (2013: pp. 66–87).



Las demás presunciones se denominan "presunciones judiciales" o "indicios".

Finalmente, en su artículo 488, el Código de Procedimiento Penal, entrega los requisitos que deben reunir las presunciones:

“Para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, se requiere:

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

2° Que sean múltiples y graves;

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

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

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

Contemporáneamente se ha dicho también que las presunciones no son un medio de prueba, y se ha criticado la asimilación que se hace de éstas con la prueba indirecta, debido a que las presunciones ni siquiera constituirían una prueba, sino más bien una manera de exponer el razonamiento de la lógica formal, y que se enseña a través del siguiente silogismo, que en el fondo es el mismo que se utiliza tradicionalmente para explicar la estructura de la prueba indiciaria:

1.– Hecho base o indicio (premisa menor);

2.– Máxima de experiencia o criterio lógico (premisa mayor);

3.– Hecho presunto (conclusión).

El punto que queremos destacar, es que este razonamiento es el que se utiliza comúnmente para deducir cualquier asunto, tanto en la vida diaria por personas comunes, como en el juicio jurisdiccional. Siempre, a través de un hecho conocido – el llamado indicio – se puede deducir, usando este razonamiento, un hecho que se quiere averiguar – el

hecho presunto –; el proceso a través del cual se llega a la presunción es una constante en la labor judicial (Nieva, 2012: pp. 275–276)<sup>39</sup>. Como diremos a lo largo de este trabajo, compartimos esta postura y entendemos que efectivamente, siempre la prueba necesita un razonamiento probatorio que se expresa en la forma de dicho silogismo, no solo la llamada prueba indiciaria o las presunciones. En esta misma línea, se ha sostenido que el indicio sería la prueba y la presunción sería la “consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla” (Devis Echandía, 2002: p. 598)<sup>40</sup>.

Teniendo presente lo anterior, ha llamado la atención el hecho que algunas legislaciones antiguas hayan prohibido condenar solo en base a presunciones, lo que en realidad significaría que no se puede condenar enjuiciando, es decir, llevando a cabo el razonamiento judicial. En el fondo lo que se ha querido decir es que no se debe condenar sin indicios, o solo en base a simples rumores (Nieva, 2012: pp. 276–277).

Nuestro actual código adjetivo no ha regulado positivamente las presunciones. En el proyecto elaborado por el Ejecutivo, en el artículo 205, se señalaba lo siguiente: “la existencia de un hecho o circunstancia podrá ser deducida por medio de indicios, en tanto ellos se funden en hechos reales y sean múltiples, graves, precisos y concordantes. Para la prueba indiciaria regirán correspondientemente los incisos primero y segundo de este artículo”. En la tramitación legislativa, el Senado suprimió este inciso ya que, en su opinión – que compartimos – no se condice con un sistema de libre apreciación, situándose más bien dentro un régimen de prueba tasada, ya que se le indica al juzgador la manera en que debe efectuar el razonamiento, “y el solo hecho de consagrar la libre valoración de la prueba importa que el tribunal deberá hacer un análisis de los hechos y las pruebas para llegar a las conclusiones” (Pfeffer, 2001: pp. 304–305)<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Para una clara y sucinta explicación respecto al conocimiento judicial de los hechos y del razonamiento que debe realizar el juzgador, específicamente a través de “prueba deductiva” e “inductiva”, cfr. Gascón Abellán, 2004: pp. 97–115.

<sup>40</sup> Una opinión distinta tiene Miranda Estrampes, quien entiende que existe una “sustancial identidad” entre la prueba indiciaria y las presunciones, formando parte el indicio de la estructura de la presunción. Este autor defiende, lo que él llama una posición intermedia, en que se admite la diferencia entre prueba directa y prueba indiciaria, pero entendiendo que apuntan a objetos diferentes (2011: pp. 17–19).

<sup>41</sup> Llama la atención que cierta doctrina, no obstante haber sido publicada con posterioridad a la reforma procesal penal, haya continuado predicando la equivalencia entre indicio y presunción sin hacer las anotaciones acá realizadas (Fernández, E., 2003: pp. 14–15).

En definitiva, para nosotros la expresión indicio no es equivalente a presunción, el primero de ellos entendemos que es aquel hecho accesorio al principal en virtud del cual se puede extraer información útil para decidir el asunto sometido al conocimiento del juzgador, mientras que las presunciones son parte del ejercicio de razonamiento que realiza el juez al momento de fundar sus resoluciones.

### **2.3. ¿Por qué hablamos de prueba circunstancial?**

Hasta ahora, hemos podido notar la gran confusión conceptual que acarrear los términos “indicio” y “prueba indiciaria”. Tanto la literatura procesal, como los textos legislativos y la jurisprudencia, utilizan estas expresiones de distinta forma<sup>42</sup>. Para parte de la doctrina, criterio al cual adscribimos, un indicio será “todo hecho, comportamiento o cosa distinta de aquel que debe ser probado, pero que es relevante en relación al hecho a probar” (Giménez García, 2006: p. 77)<sup>43</sup>. Tenemos absolutamente claro que dentro del Derecho probatorio ya han existido demasiadas discusiones doctrinales referidas a cuestiones terminológicas y no es nuestra intención generar otras nuevas, ni mucho menos zanjar en forma definitiva el tema. Sí quisiéramos, para efectos de nuestro trabajo, aclarar que, debido a los equívocos conceptuales que trae aparejado el término prueba indiciaria, preferiremos utilizar, influenciados como ya hemos dicho por el Derecho anglosajón, la expresión prueba circunstancial; intentaremos explicar el porqué.

Al hablar de prueba circunstancial, no estamos creando una denominación propia, ni importándola por primera vez al ámbito hispanohablante, sino que solamente nos estamos decidiendo a utilizar una de las formas de llamar a este tipo de prueba, a la que ha recurrido tradicionalmente la doctrina, por ejemplo, Taruffo. Este autor señala que estaremos ante esta prueba en aquellos casos en que la inferencia respecto a la verdad de un hecho principal se concluye teniendo otro hecho como premisa; caracteriza a estos hechos afirmando que no se puede saber *a priori* cuáles circunstancias podrán usarse como prueba. En principio, cualquier hecho puede ser utilizado como prueba circunstancial en cuanto sea

---

<sup>42</sup> Es tanto el caos terminológico, que incluso algunos tribunales llaman prueba indiciaria a las denominadas “pruebas de campo” que utilizan las policías para determinar en terreno la presencia de droga en sustancias dubitadas, véase TJOP Antofagasta, 18 abril 2012, RIT 54–2012, cc. 8° y 18.

<sup>43</sup> En general nos parece adecuada esta definición, aunque no la compartimos del todo, ya que como hemos dicho, para nosotros un indicio es un hecho o comportamiento, pero no una cosa, véase apartado 2.2.

relevante para la determinación de los hechos; por este motivo no se puede regular a través de la ley qué hechos podrán constituir una prueba circunstancial (2008: pp. 104–105).

Por nuestra parte, haremos un comentario al respecto; nos parece útil hablar de prueba circunstancial<sup>44</sup> por una razón que resulta bastante gráfica. Como ya hemos dicho, el objeto de la prueba en el proceso penal está constituido, como dice Sánchez Vera, por el verbo rector del tipo penal, por ejemplo, matar, defraudar, maltratar, etc.; en eso consiste el hecho principal. Ahora bien, existen otro tipo de hechos que no están comprendidos en el verbo rector, por ejemplo, huir luego de oírse un disparo, comprar un arma de fuego el día anterior al homicidio, etc. Encontramos en este caso un hecho principal y sus circunstancias, el comprar el arma es una circunstancia del hecho típico matar. El tribunal no condenará al imputado por haber comprado el arma de fuego, ni por huir del domicilio de la víctima, sino que por considerar que tanto esos elementos de prueba, como otros referidos al hecho principal, son suficientes para destruir la presunción de inocencia del imputado y acreditar la responsabilidad penal de éste más allá de toda duda razonable.

Incluso creemos que existe un argumento de texto para utilizar esta denominación, el legislador en el artículo 295 CPP, ha señalado que de acuerdo a la libertad de prueba, “todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”. Como vemos, se refiere a los hechos y circunstancias pertinentes, entendiendo que dentro de éstas últimas podemos incluir tanto a lo que hemos llamado prueba circunstancial como a, por ejemplo, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Nos parece adecuado reproducir lo señalado por Gascón Abellán, quien recalca lo incorrecto de utilizar la expresión “prueba de los hechos”, ya que “un hecho no se puede probar *a posteriori*, sino que sólo se lo puede constatar cuando acaece”, lo correcto sería decir, en nuestro caso, “prueba de la verdad de la afirmación de la existencia de un hecho circunstancial” (2004: p. 83, nota 118).

<sup>45</sup> Somos conscientes que la expresión “prueba circunstancial” también puede prestarse para confusiones, así alguien podría entender que se trata de prueba que solo tiene por objeto acreditar la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. En el ejemplo que hemos venido dando, que el imputado el día anterior al homicidio de la víctima, haya comprado un arma, podría considerarse según lo que hemos dicho una prueba circunstancial, la que acredita un hecho secundario; no obstante ello, ese mismo hecho también podría ser útil para acreditar por parte del acusador la circunstancia agravante de premeditación contemplada en el art. 11, N° 5 CP. Más adelante volveremos sobre este punto al explicar aquellas situaciones en que entendemos que es absolutamente indispensable contar con la prueba circunstancial.

### **3. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL EN EL PROCESO PENAL**

A primera vista, y desde el punto de vista cognoscitivista que hemos venido sosteniendo, la expresión “libertad de prueba” que utiliza el Código Procesal Penal en su artículo 295 podría entenderse en el sentido que cualquier elemento probatorio que permita aportar información relevante sobre los hechos debiera ser admitido en el juicio oral (Gascón Abellán, 2004: p. 129) y ser valorado, también de forma libre<sup>46</sup>, con el objeto de formar la convicción del tribunal. A mayor información, hay más posibilidades de aceptar la afirmación que más se acerca a lo que realmente ocurrió (Coloma, 2005: p. 12). No obstante ello, existen algunas limitaciones que depurarán la prueba que será producida en el enjuiciamiento, para ello analizaremos dos criterios, uno de carácter lógico y el otro de carácter legal que tienen por finalidad seleccionar la prueba en materia penal.

#### **3.1. Criterios**

##### **A) Criterio lógico de admisibilidad**

Nos parece interesante el planteamiento que hace Mauricio Duce, quien propone dos niveles de análisis respecto a la prueba que debe ser admitida y posteriormente aportada en el juicio oral. El primer nivel de análisis es el que se basa en un criterio lógico, y el segundo en uno de carácter legal (2013a: pp. 55–64)<sup>47</sup>.

El análisis lógico es el primer filtro que se realiza y de acuerdo a esto un elemento de prueba será pertinente, y por ende, deberá ser admitido para acreditar un enunciado fáctico, solo en aquellos casos en que permita fundar, ya sea por sí o con otros elementos de prueba una conclusión sobre la verdad de los hechos a probar, incluyendo tanto la prueba directa, como la prueba circunstancial (Ferrer, 2007: p. 71 y Taruffo, 2008: pp. 38–40). Los

---

<sup>46</sup> Debido a que escapa de los objetivos de nuestro trabajo, no nos haremos cargo en profundidad del tema de la valoración de la prueba y qué significa que ésta sea libre, solamente diremos, siguiendo a Ferrer, que el hecho que la valoración de la prueba sea libre quiere decir que dicho ejercicio no está regulado por la ley; que no es el legislador quien le señala al juzgador en forma previa como debe valorar una prueba y que el juez debe guiarse por criterios de lógica y racionalidad, o en otras palabras por la sana crítica (2007: p. 45). Para una breve explicación del sistema de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, véase Cerda, 2008: pp. 35–69.

<sup>47</sup> Hernández desarrolla el mismo argumento, pero al primer nivel de análisis lo denomina simplemente relevancia y al segundo nivel lo llama admisibilidad (2010: pp. 22–26).

jueces, de forma previa<sup>48</sup> evaluarán si la información que se ofrece fortalece o debilita la propuesta fáctica efectuada, dependiendo de si se trata de prueba de cargo o descargo; si en cambio la información es indiferente, será entonces irrelevante y deberá ser excluida (Coloma, 2005: p. 13).

Dentro de este primer nivel, se debe hacer otra depuración, esta vez de los elementos de prueba que aporten una baja calidad de información, que tengan un bajo valor gnoseológico, por ejemplo, en algunos sistemas los testigos de oídas – esta es la institución que en el sistema angloamericano se conoce con el nombre de *hearsay rule*<sup>49</sup>–, los reconocimientos fotográficos<sup>50</sup>, las inhabilidades y el procedimiento de tachas de testigos en el proceso civil (artículos 357, 358 y 373 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) y por último, también debería ser excluida aquella información que proviene de actos constitutivos de tortura por cuanto, además de constituir una garantía de importantes valores como son la vida y la dignidad de la persona, es una forma de evitar introducir una verdad torcida (Gascón Abellán, 2004: p. 131), lo cual nos parece obvio ya que resulta natural que una persona torturada finalmente termine diciendo lo que el torturador quiere que diga.

También podemos enmarcar dentro de esta hipótesis a aquella prueba que no obstante ser relevante, agregaría poco valor a la información que ya ha sido aportada, por ejemplo, si se intenta probar el enunciado fáctico “P disparó a J”, probablemente la información que aporten tres testigos presenciales será suficiente y a partir del cuarto

---

<sup>48</sup> El momento para excluir prueba por considerársele impertinente es la audiencia de preparación de juicio oral, la cual como sabemos se desarrolla ante un Juez de Garantía (artículo 276 CPP); por esta razón el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no está facultado para excluir pruebas por esta causal, si estima que una prueba producida en el juicio es impertinente, lo que debe hacer es negarle valor probatorio explicitando las razones (Cerdeña, 2012: *passim*). En este sentido y a modo ejemplar, véase TJOP Antofagasta, 14 enero 2012, RIT 333–2011, c. 13; TJOP Colina, 13 marzo 2012, RIT 19–2012, c. 7º; TJOP Rancagua, 14 septiembre 2012, RIT 237–2012, c. 11.

<sup>49</sup> Respecto a la utilización de los testigos de oídas en nuestro país, véase Miranda Estrampes, 2012c: pp. 331–343 y para una explicación de la *hearsay rule*, véase Taruffo, 2008: pp. 43–45 y en extenso Giannelli, 2009: pp. 431–549. Alguna jurisprudencia ha limitado su uso imponiendo ciertos requisitos, entre otros, acreditar la imposibilidad de comparecencia del testigo directo debido a, por ejemplo, su fallecimiento, enfermedad, radicación en el extranjero, etc. (TJOP La Serena, 23 marzo 2012, RIT 277–2011, c. 10).

<sup>50</sup> La baja calidad de información que puede aportar un reconocimiento fotográfico es una de las principales causas de errores judiciales que redundan en la condena de inocentes, lo cual es uno de los mayores riesgos del sistema penal; sobre ésta y otras causas de errores judiciales, véase Duce, 2013b: pp. 90–129. Se ha intentado mejorar la realización de esta diligencia, estandarizándola a través del *Protocolo interinstitucional de reconocimiento de imputados*, 2013: *passim*.

testigo poca información adicional se podrá extraer y el costo de extender el juicio será mayor que el beneficio que aparece la declaración de cada nuevo testigo (Coloma, 2005: pp. 13–14). Al respecto, se ha señalado que el problema debería solucionarse intentando alcanzar un punto de equilibrio entre dos ideas, por un lado aquella según la cual el grado de corroboración aumenta en la medida en que hay mayor cantidad de resultados favorables de la contrastación, y la segunda que pone en aviso respecto al “peligro de desborde” que se puede producir por exceso de información, lo que puede dificultar la toma de decisiones. Volviendo al ejemplo que dábamos, cada testigo ayuda a corroborar cada vez más la hipótesis fáctica hasta cierto punto en que se produce una curva en el rendimiento de la información tornándose decreciente; por esta razón, en el caso concreto el juez deberá poner un límite y excluir aquella prueba que considere redundante<sup>51</sup> (Ferrer, 2007: pp. 74–76).

Dentro de la categoría de exclusión de pruebas por razones epistemológicas, se incluye a aquella prueba que busca acreditar hechos públicos o notorios, los cuales, como vimos cuando nos referimos al objeto de prueba, no necesitan ser probados, ya que no aportarían información a los jueces, debido a que éstos, como ciudadanos pertenecientes a una determinada comunidad, ya debiesen conocer dichas afirmaciones fácticas (Coloma, 2005: p. 14). Por último, en ciertos casos se agrega a algunos de los denominados “privilegios” dentro de esta categoría, por ejemplo, el derecho que tiene un periodista a no revelar su fuente. En el caso concreto, desde un punto de vista estático, que el periodista no entregue esta información podrá hacer más difícil la corroboración del enunciado fáctico, pero si se realiza un análisis dinámico tomando en cuenta efectos futuros, si se obliga al periodista a revelar la fuente, este hecho desincentivará a otras personas a aportar informaciones relevantes. De esta forma, en el caso concreto el privilegio obstaculizará la corroboración de la hipótesis fáctica, mas en términos generales, cumplirá una función epistemológica (Ferrer: 2007, pp. 72–74). También el privilegio de la no autoincriminación cumple, entre otras, una función epistemológica. Esto lo debemos relacionar con lo que señalábamos previamente al referirnos a la exclusión de aquella información que proviene

---

<sup>51</sup> Situación distinta se produce tratándose de pruebas de distinto tipo, por ejemplo, pericial y testimonial, en este caso se aplica la regla que señala que la confirmación de una hipótesis no descansa solamente en la cantidad de información, sino que también en su variedad

de actos constitutivos de tortura para evitar producir pruebas torcidas. La búsqueda de la confesión a todo precio, usualmente derivaba en la aplicación de tormentos para obtenerla (López, J., 2004: pp. 85–93 y 180–187); por esta razón, la protección del privilegio de la no autoincriminación, contribuye a obtener información de mejor calidad.

### **B) Criterio legal de admisibilidad**

El segundo nivel de análisis corresponde a la determinación de admisibilidad de la prueba basándose en filtros de carácter jurídico. La averiguación de la verdad es una de las finalidades principales del proceso penal, pero no es la única; existen otros valores que proteger, por ejemplo, la celeridad del proceso, los derechos fundamentales, los secretos de estado, el secreto en la relación entre cliente y abogado (este es el llamado privilegio abogado – cliente), etc. De esta forma, aquellas pruebas que ya han pasado el filtro de la admisibilidad lógica, deberán ser nuevamente analizadas para saber si respetan estos otros valores (Ferrer, 2007: pp. 77–80).

Si el primer nivel de análisis de la evidencia que podrá ser incorporada al juicio penal tiene una finalidad epistemológica, esto es, que el tribunal pueda resolver la cuestión debatida con la mejor calidad posible de información, lo que ayudará a la averiguación de la verdad; el segundo nivel, al contrario entorpece esta finalidad. El tribunal hará un análisis “costo–beneficio”, debiendo determinar los aspectos positivos de la evidencia a introducir y los posibles perjuicios que ésta pueda acarrear (Duce, 2013a: p. 59). Se busca tutelar valores extraprocesales, los que prevalecen frente a la búsqueda de la verdad procesal. Muchas veces la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales<sup>52</sup> es relevante y puede aportar información de gran calidad epistemológica. Su uso favorecería la averiguación de la verdad, lo cual se entiende sería de gran utilidad para el juez. No obstante ello, el sistema prefiere utilizar la llamada regla de exclusión y no permitir su entrada al juicio, en palabras de Gascón Abellán, nos encontramos con una “garantía (contraepistemológica) de libertad, y en ningún caso ante una garantía epistemológica o de verdad” (2004: pp. 131–134).

---

<sup>52</sup> Mucho se ha escrito ya sobre el tema de la prueba ilícita tanto a nivel comparado como en nuestro país, por esta razón y para no dar cuenta de una bibliografía prácticamente inabarcable, solo nos referiremos por su trascendencia en la literatura nacional a lo escrito por López, J., 2004: pp. 164–228.



En doctrina, muchas veces ciertas reglas de exclusión son analizadas tanto desde el punto de vista de su admisibilidad lógica, como de su admisibilidad legal. Por ejemplo, el tratamiento que se da a los testigos de oídas. Anteriormente habíamos señalado que la razón de su exclusión en algunos casos se justificaba por la baja calidad de información que podrían aportar, mientras que otros autores estiman que lo que se busca es evitar que se incorpore evidencia que pueda provocar que se incurra en errores. Lo mismo ocurre con la prueba dilatoria o redundante, decíamos que, por ejemplo, el aporte de información que dan los testigos, si son aportados en forma excesiva comienza en cierto punto a decaer, debiendo ser analizada de acuerdo al criterio lógico, cada declaración de un nuevo testigo sería menos relevante; sin embargo, también se puede entender que estas reglas protegen el valor de la celeridad y evitar de esta forma pérdidas de tiempo y recursos (Taruffo, 2008: pp. 43–45 y 50).

Finalmente también se ha dicho que debe aplicarse el filtro de la admisibilidad respecto de aquella prueba que pueda ser susceptible de generar prejuicios en el juzgador, por ejemplo, los antecedentes penales del imputado, pruebas sobre su personalidad, etc. Por el momento adelantaremos que no se ha resuelto por parte de la doctrina si esta exclusión debe realizarse por razones de admisibilidad lógica o legal, argumentos que veremos más adelante.

### **3.2. ¿Es admisible la prueba circunstancial en el proceso penal?**

Tanto la doctrina (Cordón Aguilar, 2012: pp. 44–51; Miranda Estrampes, 2011: pp. 27–28) como la jurisprudencia<sup>53</sup> están contestes en la admisibilidad de la prueba circunstancial en el proceso penal, más allá de las diferencias terminológicas que hemos venido observando.

Por nuestra parte, compartimos el criterio que hace admisible la prueba circunstancial, entendiendo por tal aquella actividad probatoria que recae sobre hechos que no son directamente los hechos típicos objeto del juicio, sino aquellos hechos secundarios de los cuales se obtiene información que resultará útil para el juzgador, pudiendo de esa forma acercarse a la verdad de los hechos. Sin embargo, nos parece que es necesario hacer algunas salvedades en cuanto a lo anterior; ya que si bien creemos que, por regla general, es

---

<sup>53</sup> Por ejemplo, CA Concepción, 6 marzo 2012, Rol 35–2012, c. 7°.

admisible la prueba circunstancial, ésta presenta dos extremos problemáticos, uno en que es absolutamente necesaria y otra en que su admisión, puede generar resultados demasiado perjudiciales para el acusado.

Desarrollando este punto, el primer extremo al que nos referimos es a aquellos casos en que es necesario probar aspectos internos presentes en el imputado, por ejemplo el dolo en particular y los llamados elementos subjetivos del tipo en general, esto es, tipos penales que utilizan las expresiones “a sabiendas”, “el que maliciosamente”, etc., y también en aquellos casos en que se busca configurar la concurrencia de una circunstancia agravante de responsabilidad penal o calificante, como son la premeditación o la alevosía.

A su vez, resulta interesante analizar aquel otro extremo que mencionábamos, y que dice relación con aquella prueba que busca acreditar conductas anteriores del acusado y que no dicen relación con los hechos objeto de la acusación, esto es lo que se ha denominado prueba de contexto y que en el Derecho anglosajón es conocida como *character evidence*; la cual crea un prejuicio por parte del tribunal hacia el imputado. Debido a que este último extremo es objeto de interesantes discusiones, lo trataremos separadamente en el próximo capítulo.

#### **A) Admisibilidad de la prueba circunstancial como regla general**

Entendemos que en la generalidad de los procesos podemos encontrar aquella prueba que es habitualmente llamada “prueba directa”, que como hemos dicho, es la que se refiere a hechos principales, a aquellos hechos que se encuentran relacionados con el verbo rector y demás elementos comprendidos en el tipo penal y que, en el fondo, son los que se encuentran detallados en la acusación. Es así como, por ejemplo, en un homicidio, tendremos prueba directa si un testigo declara haber visto al imputado disparar a la víctima y ver a ésta caer y morir en el lugar. También será prueba directa, la declaración del perito, en este caso el médico forense, que expone al tribunal respecto a la autopsia que se le realizó a la víctima. Si bien el perito no se encontraba presente al momento del disparo por parte del imputado, su declaración se refiere al hecho principal objeto del juicio, esto es, que la víctima murió como consecuencia del disparo que realizó el acusado.

Ahora bien, no todos los casos presentan la misma facilidad para el acusador, usualmente se generan problemas ya que no se cuenta con los elementos probatorios sobre

hechos directos necesarios para fundar una acusación. Volviendo al ejemplo del homicidio, muchas veces puede ocurrir que se cuente con prueba directa para acreditar la existencia del delito, no así para demostrar la participación. Si un cadáver es hallado en un sitio eriazo, se podrá reunir evidencia de distinto tipo para afirmar que se trata de un homicidio y no de un accidente o de una muerte natural; la policía podrá trabajar en el sitio del suceso y levantar el cuchillo que supuestamente puede haberse utilizado para matar a la persona, se podrá contar con el informe pericial que mencionábamos a través del cual el médico legista indicará que la muerte no se debió a un problema de salud de la víctima, sino que el cuchillo provocó heridas que posteriormente causaron la muerte y que éstas no fueron autoinferidas, etc.

En esta situación y teniendo presente la evidencia recabada, nos encontramos con un homicidio, pero aún no podemos fundar una imputación ya que es necesario atribuir responsabilidad penal a una persona determinada. Para situaciones así es necesario poder contar con más elementos probatorios, ya no de hechos principales, sino que de lo que hemos llamado hechos secundarios, accesorios o circunstanciales.

De esta forma, será imprescindible, en casos en que no se cuente con prueba directa sobre cada uno de los elementos típicos del delito, acreditar hechos circunstanciales. Así, siempre tratándose de nuestro ejemplo del homicidio, se podrá probar hechos que no se enmarcan dentro del tipo penal; se podrá presentar a declarar a un testigo que el día anterior al de la muerte de la víctima haya vendido un arma de fuego al imputado, o que conociera posibles motivaciones que el imputado haya tenido para cometer el delito, como puede ser la posibilidad de cobrar un seguro tras la muerte de la víctima, etc.

Todos estos elementos probatorios, que se refieren a hechos directos o secundarios, en virtud del principio de libertad de prueba establecido por el legislador en el artículo 295 CPP, pueden ser admitidos en el juicio y servirán para que el tribunal cuente con la mayor cantidad posible de información pudiendo arribar a una sentencia que se acerque a la verdad de los hechos. El juzgador en estos juicios recibe información que necesita un procesamiento mayor; es relativamente simple formar convicción en un tribunal si probamos hechos directos, esta prueba debe ser valorada por el juez en el sentido que sea lógica, que el testigo sea creíble, que no se contradiga, etc. Tratándose de la prueba

circunstancial se requiere mayor razonamiento por parte del juez, se necesitan más pasos inferenciales para llegar a una conclusión, se le entregan las piezas de un puzle que debe completar.

Como ya hemos dicho, la libertad probatoria presenta ciertos límites, los cuales dicen relación con la admisibilidad, la cual puede ser lógica o legal. Entendemos que al juicio oral no puede pasar absolutamente toda la prueba, esta debe ser, en primer lugar relevante. La prueba ofrecida debe decir relación con los hechos ya sean estos principales o secundarios, pero, ¿hasta qué punto un hecho es secundario y debe ser admitida prueba sobre él? Sobre esto creemos que no es posible crear una regla rígida, sino que es el Juez de Garantía el que casuísticamente debe decidir.

En la audiencia de preparación de juicio oral, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 272 CPP<sup>54</sup>, el Juez de Garantía, ante solicitudes de los intervinientes, debe ser estricto en cuanto a exigir a los intervinientes que expliciten sobre qué versará su prueba, por ejemplo, tratándose de un testigo, que se indique sobre los puntos que declarará<sup>55</sup>, o qué se busca acreditar con el ofrecimiento de un documento; de esta forma debe evaluar la prueba ofrecida desde el punto de vista de la pertinencia y determinar qué tan relacionada al hecho principal se encuentra. Se debe precisar que el testigo declarará sobre la participación del imputado, ya que lo vio disparar, o se deberá señalar que declarará sobre un hecho circunstancial, como puede ser que haya visto al imputado lanzando unos sacos al camión recolector de basura, sacos a través de los cuales posteriormente se comprobará que el

---

<sup>54</sup> Art. 272 CPP.– Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes. Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276.

<sup>55</sup> Habitualmente, al ofrecer la declaración de un testigo se utiliza una fórmula en el siguiente tenor: “...quien depondrá circunstanciadamente sobre día y lugar en que se desarrollaron los hechos que fundamentan la acusación, personas involucradas en los mismos, participación de los acusados y en general, sobre todo lo que ocurrió, vio, escuchó, presencié e hizo el día de los hechos y/o en relación a estos”. Un problema interesante es el referido a la posibilidad que tendría la defensa de omitir su teoría del caso en la audiencia de preparación de juicio oral, basada según entendemos en el derecho del imputado a guardar silencio y al hecho que éste no tiene la obligación de realizar actividad probatoria en el juicio; no compartimos esa opinión ya que nos parece que si la defensa desea ofrecer prueba, debe explicitar, al menos sucintamente, su teoría del caso y en el evento de no hacerlo, dichas probanzas debiesen ser excluidas por impertinentes, en el mismo sentido Moreno, 2013: pp. 144–147.

imputado trasladó el cuerpo de la víctima<sup>56</sup>. Es en este momento procesal en el cual el juez debe decidir si la prueba ofrecida es o no “manifiestamente impertinente”.

### **A.1 Formulación de pautas**

Debido a que son tantas las situaciones que pueden darse en la realidad, no es posible dar reglas estrictas respecto a si una prueba circunstancial debe ser admitida o no en juicio, por esta razón es útil recurrir a ciertas pautas o a listados de indicios que deberían tener en cuenta los Jueces de Garantía al momento de decidir sobre su admisibilidad, pero también por parte de los intervinientes para poder fundamentar adecuadamente al momento de discutirse la exclusión de las pruebas.

Nos parece conveniente resaltar la precaución hecha por Cerdón Aguilar en el sentido que si bien los listados de indicios o “indicios–tipo” prestan utilidad al momento tanto de seleccionar las pruebas como de valorarlas, es importante evitar el automatismo en las decisiones judiciales, no debiendo obviarse las particularidades del caso concreto (2012: p. 183).

Hecha la advertencia anterior, nos parece adecuada la clasificación de los “indicios” hecha por Gorphe (1985: pp. 236–283), la cual ha sido tomada también por Jauchen (2002: pp. 591–605). Por el momento, solo nos referiremos a las pautas que detallan estos autores y que compartimos, ya que algunas de ellas entendemos que deberán ser tratadas en los apartados siguientes<sup>57</sup>. Hacemos presente que en base a lo que ya hemos señalado, los “indicios” a que hace referencia el autor, para nosotros son los hechos circunstanciales, accesorios o secundarios, los cuales pasamos a enumerar:

a) Indicios de presencia u oportunidad física: consiste en acreditar la presencia del imputado en el sitio del suceso o en un lugar próximo a éste, ya sea a la hora de los hechos o dentro de un tiempo del cual pueda inferirse que ha podido trasladarse al lugar donde ha sido visto. Obviamente este antecedente no basta *per se* para demostrar la participación del acusado, sino que es necesario recurrir a otras pruebas. Este indicio de presencia física podrá configurarse con cualquier elemento probatorio, tendrán importancia los testigos que

---

<sup>56</sup> Ejemplo real extraído de la sentencia del TJOP Talca, 28 mayo 2013, RIT 63–2013, c. 6°.

<sup>57</sup> Véase *infra* pp. 52 y ss.

afirmen haber visto al imputado, una grabación de una cámara de seguridad, huellas dactilares, etc. Todo estos antecedentes deben ser analizados en relación al resto de la prueba aportada, ya que eventualmente la defensa podrá justificar la presencia en el lugar dando buenos argumentos, por ejemplo, el imputado conocía a la víctima, había sido citado a ese lugar, o cualquier otra; además quizás el acusado puede haber estado en el lugar, pero acompañado de más gente, lo que debilita la trascendencia de este indicio, ya que hace menos probable la participación del imputado.

**b) Indicios de participación en el delito:** Gorphe da gran importancia a este indicio que entiende que puede derivarse, como en el caso anterior, de los rastros, huellas y otras especies que se encuentren en el sitio del suceso, siendo fundamentales los análisis que puedan hacerse de materiales orgánicos tales como pelos, orina, semen, etc. Como también tendrán trascendencia los objetos que sean hallados en poder del imputado, por ejemplo, especies de la víctima, objetos robados del lugar de los hechos, u otros.

De acuerdo a lo que ya hemos señalado, debemos tomar con cuidado esta categoría, ya que como hemos venido diciendo, estas evidencias son elementos de prueba que podrán ser aportados para entregar mayor información al juez, aunque dependiendo del caso, podrán incluirse dentro de la prueba circunstancial. Es así como, por ejemplo, una piedra ensangrentada hallada en el sitio del suceso, junto al cadáver de la víctima, no es prueba circunstancial, sino que es prueba directa; pero si esa misma piedra con rastros de sangre es hallada a muchos kilómetros de distancia, oculta en el domicilio del imputado, podría considerarse prueba circunstancial de la participación del imputado.

**c) Indicios sobre actitudes sospechosas:** en este caso se trata de comportamientos o dichos del imputado, anteriores o posteriores al delito y de tal singularidad que pueden hacer inferir su relación con los hechos. Se trata en algunos casos de hechos bastante secundarios, de los cuales no puede extraerse inequívocamente la participación del imputado, pero que sumados a otros, pueden servir para formar convicción en el juzgador, aunque en otros casos si pueden dar mayores luces, por ejemplo, intentar quemar las evidencias, ocultarlas o destruirlas, etc.

**d) Indicios derivados de una mala justificación:** se ha explicado esta pauta señalando que se produce en aquellos casos en que habiéndose recopilados antecedentes

que puedan acreditar la participación del imputado, éste da una mala explicación, respuestas ambiguas, confusas, poco creíbles, etc. Sería esto un complemento de los otros “indicios”.

No compartimos esta última pauta por cuanto creemos que todo esto se enmarca más bien dentro de las consideraciones que puede hacer el tribunal respecto a la credibilidad que tiene el imputado. Que éste dé una mala versión de los hechos, que estos sean poco creíbles, que se contradiga, etc., no constituye prueba circunstancial, sino que parte del ejercicio que deben hacer los jueces para determinar si el testimonio del imputado es o no creíble.

## **A.2 Listados de indicios formulados por la jurisprudencia**

Algunos Tribunales de Juicio Oral en lo Penal al conocer casos complejos, han recurrido a este sistema de pautas, así por ejemplo el tribunal de Los Andes, en causa RIT 26–2012<sup>58</sup>, en que la Fiscalía acusó a una pareja por los delitos de homicidio calificado e inhumación ilegal de una niña de tres años, enumera varios “indicios”, estos son:

**a)** Indicios de presencia física u oportunidad física: en este caso, se acreditó que los acusados fueron las únicas personas que estuvieron con la víctima;

**b)** Indicios relativos a la actitud adoptada por los imputados una vez que perciben que la víctima falleció: se pudo determinar que los acusados trasladaron el cuerpo de la menor, lo quemaron y enterraron, con el objeto de evitar su hallazgo;

**c)** Indicios de motivo o móvil delictivo: en base a las pruebas aportadas en el juicio, el tribunal pudo establecer que en forma previa a la muerte, la relación entre la imputada y la madre de la víctima era tensa, habiéndose producido discusiones entre ellas, incluso la madre de la menor había amenazado con denunciar a los acusados ya que había notado lesiones que estos le habían causado a su hija, lo que no se produjo debido a la desaparición de la menor.

**d)** Indicios de actitud sospechosa de los acusados tras la desaparición de la niña: nos parece que estos antecedentes perfectamente podrían haber sido incluidos dentro de la letra b). En este caso, el tribunal hace referencia a dichos de los imputados, incluso dados a

---

<sup>58</sup> TJOP Los Andes, 15 julio 2012, RIT 26–2012, c. 17.

medios de comunicación, que habrían tenido por objeto desviar la atención sobre ellos y culpar a la madre de la menor, quien en palabras de los acusados, habría vendido a la niña a traficantes extranjeros de órganos.

e) Indicios de mala justificación: respecto a esto ya hemos dado nuestra opinión de forma previa en el sentido que entendemos que este tipo de indicios no es subsumible dentro de la prueba circunstancial, sino más bien forma parte de la credibilidad que debe formarse el tribunal respecto a los dichos del acusado. En este juicio, la teoría del caso de los imputados se basaba en la ocurrencia de un accidente y que no habrían llevado a la víctima al hospital por miedo; hipótesis que no resultó creíble para el tribunal debido a las incoherencias en los relatos de los acusados<sup>59</sup>.

f) Indicios de la oportunidad en la que surge la hipótesis del accidente: creemos que este indicio podría incluirse dentro del más amplio de “actitudes sospechosas posteriores al delito”; los acusados al inicio de la investigación señalaron, como ya se señaló, que se trataba de una desaparición y que la niña habría sido “vendida” a traficantes de órganos, no obstante ello, una vez que el cuerpo fue habido, cambiaron su versión y declararon que se habría tratado de un accidente.

g) Indicios en torno a la forma en cómo se gesta la hipótesis del accidente: al igual que en el indicio anterior, entendemos que podría incluirse dentro de los comportamientos posteriores de los imputados. Una vez detenidos los acusados, sus familiares les piden que digan que se trató de un accidente para eludir su responsabilidad.

Encontramos una segunda sentencia que nos interesa destacar, esta vez del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar<sup>60</sup>; se trata de un juicio en el cual el Ministerio Público acusó por dos delitos de homicidio calificado y un robo con homicidio; en el desarrollo de su argumentación, el tribunal reconoce la existencia de una serie de indicios, dándolos por acreditados, estos son:

---

<sup>59</sup> Doctrinalmente se ha denominado “contraindicio” a las pruebas que contradicen un “hecho indiciario concreto o bien a inferencias distintas que puedan cambiar el signo incriminatorio que se atribuía un hecho base” (Pastor Alcoy, 2003: pp. 107–109). Al respecto, parte de la doctrina rechaza asignarle valor probatorio a los contraindicios cuando se demuestra su inexactitud o falsedad basándose principalmente en el derecho a guardar silencio del imputado y más precisamente en aquella corriente que entiende que de la declaración del acusado no debiese extraerse ninguna consecuencia negativa para él (Cordón Aguilar, 2012: pp. 63–68).

<sup>60</sup> TJOP Viña del Mar, 25 marzo 2013, RIT 130–2012, c. 16.



**a)** Las motivaciones del acusado: se pudo probar que el imputado tenía la calidad de heredero de su padre, quien a la vez había dejado un testamento a favor de las víctimas, quienes de esa forma verían mejorada su situación en la sucesión. Se pudo acreditar por una parte que el imputado conocía la existencia de dicho testamento y además había solicitado que se le pagara la cantidad de \$30.000.000 para concurrir con su firma a la venta de un inmueble de la sucesión, lo que provocó una serie de diferencias con una de las víctimas, incluyendo amenazas por parte del imputado, lo que se corroboró con la incorporación de la denuncia por las amenazas como prueba documental y declaraciones de testigos. Esto sumado al hecho que el acusado no tenía trabajo estable y que el dinero de la herencia serviría para mejorar su precaria situación económica (el imputado se encontraba cumpliendo condena en la cárcel de Limache y gozaba del beneficio de salida diaria).

**b)** Conocimiento por parte del imputado del inmueble y de la rutina de sus ocupantes: de las declaraciones de testigos, de la propia declaración del acusado y de fotografías aportadas, se pudo acreditar que éste conocía el interior del domicilio, lo que se comprueba además con una condena previa del acusado por haber sustraído un arma de fuego desde el interior del inmueble. Por otra parte, un testigo declaró que había visto al imputado merodeando cerca del trabajo de la víctima y del mismo domicilio donde ocurrieron los hechos días previos, lo que le permitió conocer la rutina de los ocupantes de la casa.

**c)** Presencia del acusado en las inmediaciones del domicilio el día de los hechos: dicha circunstancia se probó a través de la declaración de un testigo que vio al imputado salir de la casa de éste con determinada ropa y a cierta hora de la mañana, cámaras de seguridad de una estación de metro en que se ve al imputado en una hora cercana a la señalada por el testigo, otro testimonio de una persona que afirmó haberlo visto durante la tarde cerca del inmueble donde se produjo el crimen con las ropas afirmadas por el primer testigo, etc.

**d)** Posibilidad temporal de cometer el delito: se pudo determinar que los homicidios se cometieron en horas en que el acusado no estaba recluso, además fue visto salir de su domicilio y se estableció que volvió durante el día. Se pudo fijar la hora de llegada de las víctimas al sitio del suceso (se incorporó una boleta de peaje que acreditó la hora en que

una de las víctimas pasó por dicho lugar), entre otras.

e) Datos de muerte de las víctimas pueden establecerse dentro de los rangos establecidos por los acusadores: relacionado con lo anterior, se pudo establecer a través de la declaración de los policías que concurrieron al sitio del suceso, la autopsia realizada en el Servicio Médico Legal y declaraciones de testigos que señalaron rangos horarios en que intentaron comunicarse fallidamente con las víctimas; también se tomó en cuenta como hecho secundario que en la escena del crimen existiera loza sucia, lo que implica que las víctimas no alcanzaron a realizar actividades propias del hogar al llegar a éste, etc.

f) Conducta posterior del acusado: un testigo declaró que la reacción del imputado al enterarse de las muertes fue demasiado exagerada, señalando de inmediato que sabía que lo irían a buscar a él; el acusado mintió al decir que el día de los hechos había permanecido todo el día en su domicilio, y al enterarse que su pareja declaró lo contrario, intentó generar una coartada; el imputado solicitó a la asesora del hogar lavar su ropa, rompiendo la rutina que al respecto existía en el hogar, pidiendo posteriormente a su madre que lavara toda su ropa, lo que significó que no se encontrara vestigio alguno en sus vestimentas, entre otros.

g) Modalidad de ejecución de los delitos: de acuerdo a lo señalado por el médico legista, las tres muertes se produjeron por la misma causa de muerte, existiendo el mismo tipo de lesiones; sobre las tres víctimas se utilizaron medios de sujeción consistentes en amarras, similares en cuanto a los nudos y al material (telas tipo toalla) a las que se utilizan en la cárcel, más precisamente en el sector donde estaba recluido el acusado, etc.

h) En el sitio del suceso se halló una especie de propiedad del imputado: en el domicilio donde fueron halladas las víctimas, se encontró un gorro de color negro de propiedad del imputado, el cual, según los testigos que lo vieron durante el día, era que usaba el acusado.

### **A.3 Pautas jurisprudenciales casuísticas según el delito**

Otra fórmula que nos parece útil es la elaboración de pautas por parte de los tribunales dependiendo del delito específico que se está conociendo, no nos referimos ya a los listados generales de indicios mencionados anteriormente, tales como las posibles motivaciones del imputado o la presencia física en el lugar de los hechos, sino más bien a hechos circunstanciales cuya concurrencia los Jueces de Garantía podrán ir verificando con

el objeto de determinar la admisibilidad de ciertas pruebas que servirán a la postre para configurar la existencia del hecho punible.

De acuerdo a lo anterior, y a modo ejemplar, podemos encontrar estos listados de indicios tratándose de algunos delitos, como es el caso del lavado de activos, contemplado en el artículo 19 de la Ley N° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y el delito de desvío de precursores químicos, tipificado en el artículo 2° de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, o en otros de común ocurrencia como la receptación.

En el primero de los delitos, esto es, el lavado de activos, a nivel comparado se han enumerado algunos indicios que permitirían formar convicción en el tribunal sobre la existencia del ilícito, tales como el uso de identidades supuestas, la falta de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero, la relación con sociedades ficticias, principalmente si éstas tienen su domicilio en “paraísos fiscales”, la adulteración de documentos, etc. (Zaragoza Aguado, Javier, citado por Hernández, 2005: pp. 353–354). De la misma forma la Unidad de Análisis Financiero, basándose en la jurisprudencia de nuestros tribunales, ha elaborado un completo informe de “tipologías y señales de alerta del lavado de activos”, que incluye por ejemplo, el cambio inusual de elevadas sumas de dinero en efectivo de baja denominación, operaciones que no guardan relación con la capacidad económica de un sujeto, o múltiples operaciones a nombre de otra persona, etc.<sup>61</sup>.

Tratándose del delito de desvío de precursores químicos, nuestra jurisprudencia ha dado múltiples ejemplos de indicios para acreditar este delito, como lo son la clandestinidad en el transporte de las sustancias químicas, el medio de transporte que se utiliza, los horarios de traslado, lugar al cual se dirigen las sustancias, uso de empresas de fachada, rótulos o etiquetados falsos, entre otros (Rebolledo, 2011: p. 161).

Finalmente, respecto del delito de receptación, tipificado en el art. 456 Bis A CP, que sanciona a la persona que tiene en su poder especies que han sido objeto de robo, hurto u otras sustracciones, conociendo o no pudiendo menos que conocer el origen ilícito de éstas, se pueden tener en cuenta distintas circunstancias para demostrar el especial ánimo

---

<sup>61</sup> *Tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile. Informe de condenas 2007 – 2011, 2012: passim*, especialmente p. 116.

del imputado, así encontramos el llamado “precio vil”, esto es, un valor de venta de la especie notoriamente menor al precio corriente de ésta, el estado de la cosa que se adquiere, clandestinidad de la venta, ausencia de documentación o de facturas, etc. (Cordón Aguilar, 2012, pp. 194–197). Nuestra jurisprudencia adopta estas circunstancias, por ejemplo, el precio de venta demasiado bajo, lo poco común de la especie que se ofrece, las explicaciones poco creíbles del imputado, entre otras<sup>62</sup>.

Estimamos que es labor de los tribunales generar estas pautas casuísticas respecto a los distintos delitos y que los intervinientes, principalmente los acusadores, deberán tener en cuenta al momento de debatir la admisibilidad de las pruebas que se ofrecen en la audiencia de preparación para su adecuada fundamentación.

### **B) Necesidad de la prueba circunstancial para acreditar aspectos internos del imputado**

Hemos señalado que por regla general, es admisible la prueba circunstancial, sin embargo, para poder probar la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo no es suficiente la llamada prueba directa, sino que necesitaremos recurrir a este tipo de prueba. Además, no siempre el acusado reconocerá haber actuado con dolo, con ánimo de lucro, con premeditación, etc., tampoco tiene la obligación de hacerlo, por esta razón es necesario recurrir a las circunstancias objetivas que puedan aportarse al juicio, esto es lo que se ha denominado “prueba de hechos subjetivos o psicológicos” (Ragués i Vallès, 2004: p. 17).

Los elementos subjetivos del tipo son “aquellos relacionados con la actitud psicológica del sujeto respecto del hecho” (Cury, 2011: pp. 282–283) y debido a eso, no pueden ser percibidos a través de la observación empírica, a diferencia de los hechos externos. No se puede ver la intención que tenía una persona al actuar, los estados mentales deben ser inferidos a través de la conducta externa del sujeto y de sus circunstancias (González Lagier, 2004: p. 41).

Es en este punto que la prueba circunstancial cobra vital importancia, nos encontramos con que el verdadero objeto del conocimiento del juez son los indicios, no propiamente el hecho psicológico. La jurisprudencia, en este ámbito con mayor razón debe

---

<sup>62</sup> TJOP Los Ángeles, 14 agosto 2013, RIT 70–2013, c. 16.

elaborar esquemas típicos de indicios, hechos que se entienden sintomáticos de la existencia de ciertas situaciones psicológicas. El juez no conoce el hecho psicológico, solo conoce indicios que deben encajar en las construcciones típicas y en base a ese conocimiento que le entregan los indicios, podrá dar por acreditado el hecho interno (Taruffo, 2005: pp. 164–165).

La fórmula anterior es la más utilizada en la práctica para poder acreditar un hecho psicológico, el juez acreditará la concurrencia de determinados elementos subjetivos a través de los indicios que se encuentran constituidos por los hechos externos del acusado razonando conforme al sentido común (Paredes, 2001: p. 90). En otras palabras, el juez debe analizar los indicios aportados, y concluir respecto a si se configuran los hechos psicológicos, de acuerdo a un razonamiento que se basa en las reglas de la sana crítica.

Son múltiples los elementos subjetivos a probar dependiendo de cada delito, por su habitualidad nos centraremos en el dolo, pero también haremos referencia a otros “hechos internos”, tales como el ánimo de lucro, la premeditación, la relativamente nueva agravante del art. 12, N° 21 CP referida a los llamados “delitos de odio” y a la finalidad de la conducta tratándose de delitos de carácter terrorista.

### **B.1 La prueba del dolo**

No intentaremos abarcar completamente todo lo que se ha estudiado y discutido respecto al dolo, solo nos interesará de momento, esbozar un concepto de éste para poder luego revisar algunos problemas que presenta en sus aspectos probatorios.

En términos bastante generales, el dolo “es el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria” (Cury, 2011, p. 303). En este concepto hallamos en su primera parte al dolo directo, el cual está constituido por el conocimiento del hecho y la voluntad de realizarlo; mientras que el dolo eventual se encuentra en la parte final, y se constituye por el conocimiento (representación de la producción del hecho típico) y la aceptación del resultado de su actuar.

Es importante tener en cuenta que aunque para parte de la doctrina más moderna, hoy el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento (Ragués i Vallès, 2004: p. 13); para efectos de nuestro trabajo y teniendo en vista que no

profundizaremos en aspectos dogmáticos del dolo, nos quedaremos con la visión tradicional que entiende que efectivamente se encuentra compuesto por estos dos elementos; criterio que también sigue la Corte Suprema al señalar que “obra con dolo el que conoce y quiere realizar el tipo penal objetivo. Además de requerir un elemento cognitivo (el saber o conocer), el dolo exige también la presencia de un elemento volitivo: el querer la realización del hecho típico y el resultado, en su caso”<sup>63</sup>.

La dificultad que presenta la prueba del dolo radica en que tanto el “saber o conocer” como el “querer”, pertenecen al fuero interno de las personas, lo que obviamente implica que, salvo que el acusado declare al respecto, no será posible encontrar prueba directa, sino que se requiere de la prueba circunstancial.

La Corte Suprema en la sentencia a la cual aludíamos más arriba, razona en el mismo sentido, señalando que “la prueba del dolo es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, la determinación acerca de su concurrencia ha de basarse en precisas circunstancias –anteriores, coetáneas y posteriores al hecho, de todo orden– que demuestren al exterior el íntimo conocimiento y voluntad del agente, toda vez que como todo lo que se guarda en lo más profundo de la psique del individuo, sólo puede probarse por una serie de datos que manifiesten la intención querida”. Agrega el máximo tribunal que “el dolo, elemento subjetivo necesario para imponer una sanción penal, solamente puede conocerse y fijarse por un proceso de inducción. Estos juicios de inferencia, como actualmente se prefiere denominarlos, permiten al tribunal, mediante una operación lógica, deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance, la concurrencia de los componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que en un principio permanece reservado en vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho, de modo que para su averiguación se requiere de una inferencia a partir de los datos exteriores”. Termina exponiendo que “la falta de prueba directa acerca de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad lleva a la denominada prueba de indicios, para a través de unos datos exteriores completamente acreditados inferir la realidad de este estado de espíritu del autor de la infracción penal, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate. En definitiva, salvo espontáneo reconocimiento, el dolo ha de inducirse, lícita y

---

<sup>63</sup> CS, 22 abril 2013, Rol 1179–13, c. 20.

racionalmente, de cuantas circunstancias giran alrededor –antes, durante y después– de la conducta enjuiciada”<sup>64</sup>.

El problema de la prueba del dolo tiene importantes consecuencias prácticas, quizás una de las más habituales sea la necesaria distinción que debe hacerse entre el “dolo de matar” y el “dolo de lesionar”, ¿cómo podemos determinar si la intención del agente era dar muerte a la víctima o solo lesionarla?, si el agente, por ejemplo, tenía la intención de matar a la víctima, pero solo consiguió lesionarla, ¿el tribunal debe condenar por homicidio frustrado o lesiones consumadas?

En estos casos, es necesario recurrir a la prueba circunstancial, tomándose en consideración indicios tales como el lugar al cual se dirigen los golpes, su número y violencia, condiciones de espacio y tiempo, arma utilizada, dichos del acusado previos, coetáneos y posteriores a los hechos, relaciones entre los sujetos y causa del delito (Pastor Alcoy, 2003: p. 144). Así lo señala el Tribunal Supremo Español: “para averiguar si en un determinado suceso hay dolo de matar o sólo de lesionar, hay que acudir al conjunto de circunstancias objetivas que rodean el caso para averiguar, a través de la correspondiente inferencia, basada en las normas de la lógica y de la experiencia (prueba de indicios), cuál fue el dolo que presidió la acción en la mente del sujeto”<sup>65</sup>.

Nuestra jurisprudencia también ha tomado en cuenta estos indicios para determinar la existencia de dolo homicida, por ejemplo, tratándose del tipo de arma ha dicho: “...la acción del acusado consistente en disparar un arma de alto poder de fuego en contra de una caseta construida de material ligero y con tres personas en su interior, revelan un dolo homicida, por cuanto quería y sabía la posibilidad de producir la muerte a los afectados...”<sup>66</sup>.

Respecto al lugar del cuerpo en el cual se causan las lesiones, se ha estimado lo siguiente: “...el sector del cuerpo en el cual se propinaron las heridas, esto es, en la parte superior del tórax anterior, en el cual se encuentran órganos fundamentales para el mantenimiento de la vida, como el corazón y los pulmones, que en definitiva fueron

---

<sup>64</sup> *Ídem*, c. 21.

<sup>65</sup> TSE, 29 enero 2009, ROJ 920/2009, c. 2º.

<sup>66</sup> TJOP Angol, 28 agosto 2012, RIT 57–2012, c. 39.

dañados en la acción, refleja que su intención directa era dar muerte a la señora Núñez Araya...”<sup>67</sup>; en el mismo sentido: “...cierto es, que la prueba del dolo por regla general no es directa, sino que deviene de las circunstancias fácticas adscritas al caso concreto, es en ellas, en que debe determinarse su concurrencia. En la especie, qué duda cabe, siguiendo los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzadas, según se ha expuesto con majadería en forma precedente, que quien voluntariamente dirige su voluntad, a golpear en una zona tan vital como toda la región del rostro y cráneo de la víctima, depositaria de centros vitales que todos conocemos desde nuestra más temprana infancia, no pudo menos que representarse certeramente que dichas acciones provocarían la muerte de la agredida...”<sup>68</sup>.

La prueba circunstancial también será útil para poder determinar si una conducta se realizó con dolo eventual o imprudencia, de esta forma el Tribunal Supremo Español ha decidido que existió dolo y no culpa en el caso en que una mujer que conducía su automóvil y que se encontraba separada de su marido, con quien mantenía una enemistad, al verlo sobre la acera, decidió atropellarlo, descartando que se tratara de una maniobra evasiva causada por un incidente del tránsito, ya que no hubo huellas de frenada y por la velocidad del vehículo al momento de impactar a la víctima; todo esto unido a las reiteradas amenazas de la imputada contra su cónyuge y contra otra mujer, quien sería la nueva pareja de éste, con lo que “queda claro que la acción puede razonablemente considerarse como dolosa, con exclusión por tanto, de una responsabilidad criminal a título de culpa, que es lo que pretende la defensa del recurrente”<sup>69</sup>.

En un sentido similar, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt ha utilizado la prueba circunstancial para poder acreditar la concurrencia de dolo y descartar la mera imprudencia, razonando de la siguiente manera: “...qué duda cabe, siguiendo los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, que quien voluntariamente dirige su voluntad, a golpear con un elemento contundente, particularmente el astil de madera de un hacha de grandes proporciones, y con gran fuerza,

---

<sup>67</sup> TJOP Ovalle, 26 marzo 2013, RIT 19–2013, c. 14.

<sup>68</sup> TJOP Puerto Montt, 22 diciembre 2012, RIT 51–2012, c. 15.

<sup>69</sup> TSE, 11 febrero 1999, ROJ 891/1999, c. 4°.



la cabeza de otro ser humano, no puede menos que representarse, certeramente, que dichas acciones provocarían la muerte de quien está recibiendo los golpes. No existe antecedente alguno, incorporado a juicio, que permita sostener una conclusión distinta, por lo que a esta parte se deberá estimar como concurrente la voluntariedad del comportamiento y/o al menos la representación y aceptación del resultado, como probable, por parte del autor, pensar de una manera distinta, constituiría un razonamiento ajeno a las máximas de la experiencia y apartado de la conducción racional de la mayoría de los seres humanos”<sup>70</sup>.

Por otra parte, y tratándose del delito de tráfico de drogas, contemplado en la Ley N° 20.000, también es necesaria la utilización de la prueba circunstancial, para, entre otras cosas, poder determinar que la posesión de la droga tiene por finalidad el tráfico (“dolo de tráfico”), y no el consumo personal y próximo en el tiempo. De esta forma, el hecho de no haberse hallado en el interior del domicilio de la imputada elementos tales como papelillos, pipas, e incluso cigarros, a los cuales en ocasiones se les extrae el tabaco para cambiarlo por droga, sumado a los dichos de la acusada quien señaló consumir diariamente, lo cual no se aprecia en las fotografías que se le tomaron el día de la detención, hacen concluir al tribunal que la droga que la imputada poseía tenía por objeto ser comercializada y no consumida por ella<sup>71</sup>. El Tribunal Supremo Español da gran importancia a la cantidad de droga que sea hallada en poder de la persona, siendo uno de los pocos casos en que se ha señalado que un único indicio puede ser considerado como prueba suficiente para dar por acreditado un delito, haciendo presente dicho tribunal, que esto no puede significar que se dejen de tomar en consideración otras circunstancias para acreditar que efectivamente se trata de una hipótesis de tráfico (Cordón Aguilar, 2012: pp. 187–194).

## **B.2 Prueba circunstancial tratándose de otros elementos internos del sujeto**

No solo es necesario recurrir a la prueba circunstancial para acreditar la concurrencia del dolo, sino que también es necesario hacerlo respecto de los demás elementos subjetivos del tipo. Son múltiples los casos que podríamos citar, pero solo utilizaremos algunos ejemplos que no agotan en absoluto las posibilidades de utilización de este tipo de prueba.

---

<sup>70</sup> TJOP Puerto Montt, 26 agosto 2012, RIT 59–2012, c. 16.

<sup>71</sup> TJOP Copiapó, 22 abril 2013, RIT 48–2013, c. 22.

Tratándose de los delitos contra la propiedad, principalmente el hurto y el robo<sup>72</sup>, encontramos el ánimo de lucro que consiste en una “especial motivación del sujeto activo del delito, de obtener un determinado beneficio, utilidad o provecho”, es la intención de conseguir un provecho económico ilegítimo a costa de otro y se trata de un elemento interno diferente al dolo (Mayer, 2014, pp. 290–291). Se debe recurrir a los hechos secundarios para poder configurar el ánimo de lucro, de esta forma, no constituirá delito la apropiación de una cosa mueble realizada por un sujeto, si éste solo tenía la intención de usar la especie.

Así, este ánimo se puede desprender de ciertos hechos que no se encuentran señalados en el tipo penal y que hacen descartar en este caso específico la procedencia del llamado “hurto de uso”, por ejemplo, el hecho de sacar un vehículo sin autorización de la persona que lo tiene a su cuidado y que se encuentra en el interior del fundo en el cual el imputado ya no trabajaba, además horas después, al ser visto por los ocupantes de un bus perteneciente a la empresa para la cual trabajaba, escapa del lugar, protagonizando posteriormente un accidente de tránsito. De dichos indicios, el tribunal puede concluir que el comportamiento del encausado fue de señor o dueño del bien teniendo un propósito pecuniario<sup>73</sup>.

Especialmente interesante resulta la regulación que en nuestro país se ha dado al fenómeno del terrorismo, hecha a través de la Ley N° 18.314 que determina este tipo de conductas y fija su penalidad. De esta forma, el artículo 1° de dicha ley se encuentra redactado de la siguiente forma: “Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

---

<sup>72</sup> Art. 432 CP: El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto.

<sup>73</sup> TJOP Copiapó, 23 agosto 2010, RIT 94–2010, c. 11.

Más allá de las constantes críticas que se han hecho respecto a la legislación nacional en este tema, las cuales entendemos que exceden ampliamente el objetivo de nuestro trabajo y que se refieren a distintos aspectos de la ley<sup>74</sup>, por el momento nos centraremos solamente en el problema probatorio que acarrea la inclusión del elemento subjetivo “finalidad” dentro del ámbito de aplicación de esta norma. El principal problema que se plantea es que se debe acreditar que el sujeto al actuar persiguió producir temor, independientemente de que lo provoque, lo que probatoriamente resultará sumamente difícil, debido a que pueden existir múltiples fines asociados a la actividad delictiva, por lo que se ha sostenido que resulta inconveniente definir los delitos terroristas incorporando un elemento subjetivo (Hernández, 2011: pp. 57–58).

Esta dificultad que provoca la concepción subjetiva adoptada por el legislador se demuestra en las decisiones adoptadas por nuestros tribunales, que no terminan de convencer en su razonamiento, por ejemplo, el Juez de Garantía de Victoria, ha señalado que “de los antecedentes de la investigación recopilados por el Ministerio Público y pormenorizados en este fallo, en especial de la declaración de las víctimas de los hechos ocurridos la noche del 10 y madrugada del 11 de octubre de 2009, de las declaraciones de los funcionarios de Carabineros que formaron parte del procedimiento el día 10 y 11 de octubre de 2010, de la declaración del propio imputado, de los informes periciales, set fotográfico de los daños ocasionados en el peaje Púa correspondiente a la noche del 10 de octubre de 2009 y madrugada del 11 de octubre de 2009, de las armas de fuego incautadas, fotografías de manuscritos alusivos a la “causa Mapuche” en puerta y monitores de la cabina del peaje lateral Quino, fotografías de impactos balísticos en automóviles afectados y fotos del camión incendiado, entre otras pruebas, es posible concluir que efectivamente un grupo de individuos, entre los cuales formaba parte el acusado de autos, se concertó para cometer ilícitos con armas de fuego”, agregando “así entonces, actuando premeditadamente y en forma organizada, cortaron árboles para interrumpir las vías de tránsito de la carretera, dispararon a vehículos que circulaban por éstas, atacaron a sus pasajeros, ocasionaron daños a un peaje atacando al encargado de este y cometieron delitos de robo, todo ello con el claro propósito de materializar sus objetivos, principalmente quemar camiones y así

---

<sup>74</sup> A modo ejemplar, véase Medina, 2013, *passim*, especialmente pp. 7–43.

demandar reivindicaciones sociales relacionadas con el “Conflicto Mapuche” ocasionando gran temor a las víctimas y a toda la población en especial a los habitantes de la IX Región”<sup>75</sup>.

No queremos desviarnos de nuestro tema, entrando a la valoración de la prueba circunstancial, pero si nos parece interesante hacer notar que en este caso, el tribunal no está revisando los indicios que acrediten la finalidad de producir temor en la población que pudiesen haber tenido los acusados, sino que se refiere a los objetivos de estos que serían quemar camiones y hacer reivindicaciones sociales, y al resultado de estas acciones que efectivamente provocó temor en las víctimas y demás habitantes de la región. Otras sentencias han intentado encontrar indicios de la finalidad perseguida por los acusados en el hecho de haberse realizado atentados utilizando el fuego como elemento destructor, lo que provocaría mayor temor en las víctimas quienes de esta forma no desearían volver a vivir al lugar del atentado o se inhibirían de realizar una denuncia<sup>76</sup>. En este caso el medio empleado y la habitualidad de las conductas serían los indicios valorados por el tribunal; como hemos venido señalando, nuestro trabajo se centra en la admisibilidad y no en la valoración de los indicios, por lo que no emitiremos opinión respecto a la conveniencia o no de lo resuelto por esta sentencia.

Con la dictación de la Ley N° 20.609, de 24 de julio de 2012, conocida como “Ley Zamudio”, se agregó el numeral 21 al artículo 12 CP, incorporando una circunstancia agravante de responsabilidad en los siguientes términos: “Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”. Al igual que tratándose de los demás elementos subjetivos, resulta difícil poder determinar que efectivamente la conducta sea motivada de acuerdo a los parámetros señalados en la agravante en cuestión, para ello, nuevamente debemos recurrir a la prueba circunstancial, por ejemplo, puede haberse producido un incendio en una escuela, lo que a primera vista podría constituir un incendio accidental o común, sin embargo, durante el curso de la

---

<sup>75</sup> JG Victoria, 22 octubre 2010, RIT 1134–2009, c. 12.

<sup>76</sup> TJOP Cañete, 22 marzo 2011, RIT 35–2010, c. 93.

investigación se determina que a dicha escuela asisten principalmente niños de etnia rumaní, y que previamente los muros de la escuela han sufrido rayados con la consigna “gitanos váyanse”. El curso de la investigación lleva a los responsables y finalmente se puede determinar que han sido los causantes del incendio, y este indicio permite configurar la existencia de la motivación discriminatoria (Salinero, 2013: p. 287).

#### **4. ALGUNAS SITUACIONES EN QUE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL PUEDE CONSTITUIR UN PERJUICIO EXCESIVO PARA EL IMPUTADO**

Anteriormente cuando revisábamos las distintas pautas dadas por los autores en materia de indicios<sup>77</sup>, excluimos del análisis aquellas referidas a la capacidad de delincuencia u oportunidad personal, también llamadas indicios de personalidad (Gorphe, 1985: pp. 264–269 y Jauchen, 2002: pp. 595–601); no nos referimos a este aspecto ya que en nuestra opinión, la mayoría de las pautas ahí examinadas pueden ser admitidas en el juicio oral, no así estos indicios de personalidad por las razones que señalaremos más adelante.

Los indicios de capacidad de delincuencia toman en cuenta la conducta anterior del sujeto y su personalidad, con el objeto de determinar si el imputado tiene capacidad delictiva, lo que permitiría presumir su autoría respecto de los hechos investigados (Jauchen, 2002: p. 595). En palabras de Gorphe “las disposiciones delictivas del acusado han de inferirse particularmente de la conducta pasada del individuo y de sus actos anteriores al delito” (1985: p. 267). El mismo autor nos previene que estos “indicios morales” proporcionan solo una posibilidad o probabilidad de participación del imputado, lo que resulta insuficiente para fundar una condena (*ídem*: p. 264).

Este tipo de prueba, actualmente es admitida en nuestro país, incluso es validada por el Fiscal Nacional en su instrucción general que imparte criterios de actuación sobre la audiencia de preparación de juicio oral al señalar: “En esta materia, sostenemos que es pertinente, vale decir, conducente a juicio, la prueba sobre comportamientos anteriores del acusado (testigos de contexto); por cuanto, en un régimen de amplia libertad probatoria como el nuestro, de ella el juzgador puede extraer elementos que contribuyan al

---

<sup>77</sup> Véase *supra*, pp. 36 y ss.

enjuiciamiento actual, tanto para descartar su eventual participación en los hechos como para confirmarla” (*Oficio Fiscal Nacional N° 284/2010*, 2010: p. 8).

En la práctica de nuestros tribunales, la prueba de contexto es admitida a juicio, por ejemplo, el tribunal oral de Los Andes ha señalado lo siguiente: “Así, la conducta pasada de ambos, sus costumbres y disposiciones mentales permiten sostener que eran personas que utilizaban la violencia para solucionar sus conflictos, y capaces de cometer el delito que se le imputa. No se trata que a través de la anterior afirmación, se esté emitiendo una condena en base a la predisposición de los acusados, sino simplemente, es un antecedente más que, unido a los restantes, permiten sostener su autoría como se dirá”<sup>78</sup>. También en el caso conocido como “La Quintrala”, se incorporó prueba de contexto referida a conductas anteriores de la acusada, y que ninguna relación tenían con los hechos materia de la acusación, a través de declaraciones de testigos sobre hechos tales como malas relaciones familiares, dejar excremento en la puerta de una casa, empujar a una persona por la escalera, entre otros<sup>79</sup>.

Una primera crítica que podríamos realizar a la utilización de los indicios referidos a la personalidad del sujeto es su cercanía con el denominado “Derecho penal de autor”, el cual se opone al “Derecho penal de acto”; este último es el que más se adapta a un Estado de Derecho liberal y lo que busca es sancionar conductas realizadas por una persona, no sus características personales, su modo de vida, sus motivaciones, ni su pasado (Cury, 2011, p. 92). El Derecho penal de autor castiga al imputado porque es “ladrón” u “asesino”, no por haber robado o matado a alguien.

De forma distinta opina Jauchen, quien señala que utilizar los indicios de personalidad no significa optar por un Derecho penal de autor, sino que más bien incorporar antecedentes probatorios para determinar la responsabilidad del acusado. El autor considera, erróneamente a nuestro juicio, que el Derecho penal de autor es un concepto perteneciente al Derecho punitivo de fondo y que no se relaciona con los indicios,

---

<sup>78</sup> TJOP Los Andes, 15 julio 2012, RIT 26–2012, c. 17. También podemos encontrar otros fallos en que se da valor probatorio a declaraciones de testigos en que éstos hacen referencia a actos del imputado consistentes en violencia intrafamiliar que no son materia de la acusación, pero que crean un contexto de prejuicio contra el imputado, véase TJOP Valdivia, 31 diciembre 2011, RIT 113–2011, c. 6°.

<sup>79</sup> Tercer TJOP Santiago, 26 febrero 2011, RIT 136–2010, c. 10 N° 2, 35 y 93.

los cuales tienen una finalidad procesal probatoria consistiendo en una prueba más que permitirá determinar la probabilidad que el imputado sea el autor del delito que se está juzgando (2002: pp. 595–598).

No compartimos esa opinión ya que entendemos que no es posible realizar una distinción tajante entre el Derecho penal sustantivo y el adjetivo, entre ellos existe una estrecha relación como configuradores de la política criminal de un sistema de justicia penal (Binder, 2005: p. 41). Además no nos parece acertado lo dicho por Jauchen ya que el denominado Derecho penal de autor no necesariamente se presenta de forma completa y total, sino que pueden haber determinadas instituciones que afecten el Derecho penal de acto en mayor o menor medida, como ocurría con los antiguos artículos 305 y siguientes del Código Penal referidos a la vagancia y mendicidad y según algunos autores tratándose del artículo 367 CP que tipifica el favorecimiento de la prostitución y que exige un cierto modo de conducción de vida (Cury, 2005: p. 95); de esta forma, la admisibilidad de los indicios relativos a la personalidad del acusado, también podría constituir una forma de intromisión del Derecho penal de autor en nuestro sistema punitivo.

El problema que intentamos abordar es aquel relacionado con la incorporación de material probatorio que puede generar un prejuicio en el tribunal; principalmente encontramos dos hipótesis en que esta situación se puede generar, en primer lugar a través de la incorporación de los antecedentes penales del imputado y en segundo término tratándose de la llamada prueba de contexto o de carácter. Si bien lo referido a los antecedentes penales es un tipo de prueba de contexto, realizaremos un análisis separado ya que ha tenido una solución legal como veremos a continuación.

#### **4.1 Admisibilidad de prueba sobre antecedentes penales del imputado**

Lo relativo a la incorporación de los antecedentes penales al juicio oral, fue resuelto a través de la Ley N° 20.074. Se discutió en su momento este hecho ya que se provocaría en el tribunal un claro prejuzgamiento, los jueces tendrían razones para entender que el imputado que ya ha actuado de cierta manera en el pasado o que ha tenido una “carrera delictual”, posiblemente podría ser el autor del delito que se está juzgando. De esta forma, se resolvió el problema modificando el artículo 343 CPP<sup>80</sup>, haciendo obligatoria, en caso de

---

<sup>80</sup> Art. 343, inc. final CPP. “En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias

condena, la audiencia de determinación de pena, momento en el cual se discutirá respecto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, más precisamente respecto a la reincidencia y los antecedentes penales del acusado, excluyéndose en la audiencia de preparación el extracto de filiación y antecedentes.

Antes de la modificación señalada, parte de la doctrina criticaba el uso, principalmente del extracto de filiación y antecedentes en el juicio oral, ya que como indicábamos, este hecho provoca un riesgo de prejuzgamiento del tribunal con la consiguiente afectación de dos garantías, la imparcialidad del juzgador y la presunción de inocencia del imputado. Libedinsky señaló en su momento que el tribunal se puede ver contaminado al conocer el pasado de la persona a través de condenas o procesos que se han seguido en su contra, perdiendo su imparcialidad y afectando la presunción de inocencia del acusado, situación que se podría producir con el simple hecho de leer el auto de apertura en que conste el extracto (2002: pp. 79–82).

El remedio propuesto, en su momento, por la autora citada para salvar esta situación fue excluir las pruebas relacionadas a los antecedentes penales en la audiencia preparatoria por su manifiesta impertinencia. Esto debido a que se estaría ofreciendo información no referida a las hipótesis de prueba, es decir, no relevante. En el juicio oral se busca acreditar principalmente la existencia del delito y la participación del imputado, los antecedentes penales no constituyen un hecho a probar, son una situación dada, ajena al hecho punible y que solo tiene relevancia para la determinación de la pena (2002: pp. 79–82), sin embargo veremos más adelante que esta solución no es del todo correcta, debido a que desde un punto de vista epistemológico, se puede obtener información con este tipo de prueba. Resulta conveniente aclarar que no todas las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal tienen la misma naturaleza que la reincidencia en el sentido de ser ajenas al delito, hay algunas circunstancias que si se encuentran relacionadas con el hecho punible, por el ejemplo el ensañamiento o la premeditación, en estos casos si es pertinente

---

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”.



incorporar las pruebas relacionadas al juicio oral, quedando fuera la reincidencia, la irreprochable conducta anterior, la reparación celosa del mal causado, etc.

#### **4.2 Admisibilidad de la prueba de contexto**

El problema que persiste es el de la incorporación al juicio de la llamada prueba de contexto o de carácter; se ha criticado el uso de este material probatorio ya que tendría por objeto principal fundar un prejuicio contra el acusado, es decir, generar un sesgo en el tribunal que puede restar racionalidad a la decisión y favorecer una condena injusta basándose en la predisposición negativa hacia el imputado (Hernández, 2010: pp. 21–22).

Entenderemos por prueba de contexto o de carácter aquella que tiene por finalidad aportar información respecto a “conductas pretéritas del acusado, similares o análogas a las que son materia de la acusación (sea por la naturaleza del delito, sus circunstancias, el *modus operandi* utilizado, etc.); las sentencias previas del acusado que den cuenta de circunstancias como las aludidas precedentemente; los peritajes relativos al carácter y “tendencias” del imputado; entre otros” (Sepúlveda, 2012: p. 11)<sup>81</sup>. El tema de las sentencias anteriores, como ya hemos visto, se encuentra resuelto, no así las otras aristas de la prueba de contexto.

Nuestro problema será determinar si deben ser admitidas a juicio estas pruebas que no dicen relación directa con los hechos materia de la acusación y que en el fondo incorporan información que predispone a los jueces, alterando el análisis objetivo y racional que debe hacerse de las probanzas y que probablemente redundará en una sentencia condenatoria, para ello, revisaremos las distintas propuestas que ha formulado la doctrina con el objeto de fundamentar la inadmisibilidad de estas pruebas.

##### **a) Exclusión por irrelevancia**

Una primera forma de abordar el problema, sería recurrir a las reglas de admisibilidad de la prueba en base a su “manifiesta impertinencia”. Se esta forma, se podría intentar la exclusión de estas pruebas ya que el objeto del juicio es la responsabilidad del imputado en los hechos materia de la acusación, no sus conductas anteriores, por lo que

---

<sup>81</sup> La denominada *character evidence* ha sido ampliamente estudiada en la literatura estadounidense, a modo ejemplar, véase Giannelli, 2009: pp. 145–168 y Fisher, 2008: pp. 135–245.

este material probatorio al no referirse al objeto del juicio, no aporta ninguna información útil para la decisión del mismo.

No obstante ello, desde el punto de vista cognoscitivista que hemos venido siguiendo, una de las finalidades principales de la prueba es la averiguación de la verdad de los hechos y de acuerdo a ello, debiese admitirse en el juicio toda la información que directa o indirectamente permita sacar conclusiones respecto a los hechos de la acusación, es así que, ejemplificando en base a los antecedentes penales del imputado, en un caso en que la Fiscalía introduzca una sentencia anterior del imputado en que fue condenado por hechos prácticamente idénticos, estos antecedentes pueden permitir sacar conclusiones al tribunal respecto a la verdad de los hechos materia de la acusación (Sepúlveda, 2012: pp. 17–18), por ejemplo, si el *modus operandi* en los distintos delitos fue el mismo o similar.

Se produce la misma situación que tratándose de la prueba circunstancial que constituye la regla general, esto es, nos encontramos ante elementos de prueba que si bien no se encuentran directamente relacionados a los hechos de la acusación, si pueden aportar información que será útil al tribunal para establecer la verdad de los hechos, por esta razón, la exclusión de la prueba de contexto por manifiesta impertinencia no sería la solución adecuada para nuestro problema.

Descartando esta primera solución, nos parece más adecuado recurrir a un planteamiento que ya hemos revisado, y que consiste en la distinción entre criterios de admisibilidad lógicos y legales, donde el primero tiene por objeto determinar que la prueba esté relacionada con los hechos materia del juicio, mientras que el segundo efectúa un análisis “costo – beneficio” entre la utilidad de las pruebas y los costos asociados a ésta, en nuestro caso, el prejuicio que se puede generar en el juez. El criterio legal busca proteger algunos valores del sistema jurídico – de ahí viene, por ejemplo, la prohibición de utilización de la prueba ilícita, o los llamados privilegios –; de esta forma, dándole una interpretación en este sentido al artículo 276 CPP, se podría excluir la prueba de contexto por su “inadmisibilidad” legal (Sepúlveda, 2012: pp. 22 y 23).

#### **b) Exclusión por infracción de garantías fundamentales**

De acuerdo a lo que hemos señalado, la prueba de contexto puede afectar dos garantías fundamentales, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial y la presunción de inocencia.

La garantía del juez imparcial, consagrada en el artículo 1° CPP, supone una imparcialidad tanto objetiva como subjetiva del juzgador, quien debe guardar una distancia tanto respecto del asunto controvertido, como de las partes que en él intervienen (Núñez, 1998: pp. 2–5). Maier nos dice que es imparcial quien decide un asunto sin interés personal en él y quien lo hace con ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o materias sobre las que debe decidir (2004, pp. 739–740).

En nuestra legislación, existen distintas normas que buscan evitar los prejuicios del tribunal respecto del imputado, por ejemplo, los artículos 334<sup>82</sup>, 335<sup>83</sup> y el ya mencionado artículo 343, inciso final CPP. De esta forma se demuestra que la intención del legislador es evitar predisponer negativamente a los jueces y se reconoce que tener en forma previa conocimiento respecto a diligencias de investigación, actuaciones procesales o conductas anteriores del acusado, puede provocar un prejuicio en el juzgador que influya negativamente en su decisión sobre la responsabilidad penal del enjuiciado (Sepúlveda, 2012: p. 12).

Se ha dicho por la doctrina que si lo que efectivamente se estuviera imputando fueran las conductas anteriores del acusado, no se presentaría este problema, ya que el tribunal debería formarse convicción más allá de toda duda razonable, y en caso contrario absolvería; el problema se produce porque tratándose de la prueba de contexto no hay una acusación respecto a dichas conductas, y lo único que se busca es reforzar la prueba de cargo. Esta sería una prueba que en el fondo no prueba nada, pero genera prejuicio y se le

---

<sup>82</sup> Art. 334 CPP.– Prohibición de lectura de registros y documentos. Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.

Ni aun en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.

<sup>83</sup> Art. 335 CPP.– Antecedentes de la suspensión condicional del procedimiento, acuerdos reparatorios y procedimiento abreviado. No se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado.

encomienda a la defensa la difícil tarea de impugnar la credibilidad de la prueba de contexto aportada (Hernández, 2010: pp. 30–31).

En directa relación con lo anterior la admisión de la prueba de contexto también puede afectar la garantía de la presunción de inocencia, la cual se encuentra consagrada en el artículo 4º CPP y que tiene como una de sus manifestaciones el hecho que no es el imputado quien debe probar su inocencia, sino que al contrario, corresponde al ente acusador acreditar su culpabilidad (Binder, 2005: pp. 123–130). De esta forma, la incorporación de pruebas al juicio que den cuenta de conductas pasadas del imputado, de denuncias en su contra por sucesos similares o de condenas anteriores, dejan al imputado en una situación desventajosa ya que de esa forma la prueba de cargo ha creado un contexto que entrega mayor plausibilidad a los hechos de la acusación y la defensa no podrá suprimir fácilmente el prejuicio causado al tribunal, debiendo desvirtuarla, lo que significa en los hechos una inversión de la carga de la prueba<sup>84</sup> (Sepúlveda, 2012: pp. 14–15).

De acuerdo a lo anterior, se ha dicho que una segunda posibilidad de evitar la admisión de la prueba de contexto, podría ser a través de su exclusión debido a la vulneración de garantías fundamentales. Sin embargo, el inciso 3º del artículo 276 CPP, se refiere a “actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”, es decir, la regla de exclusión opera en aquellos casos en que durante la etapa de investigación se obtuvieron elementos de prueba con infracción de garantías, pero tratándose de la prueba de contexto la vulneración de garantías de produce en el momento en que se incorporan las pruebas y luego cuando éstas son valoradas.

No nos parecen del todo adecuadas las soluciones que se han propuesto, por ejemplo, hacer una interpretación en sentido amplio del artículo 276, inciso 3º CPP e incorporar como regla de exclusión, debido a la trascendencia de los derechos fundamentales, todos los casos en que se afecte alguna garantía, por ejemplo, que la prueba que se ofrece pueda generar un claro riesgo de prejuicio. De esta forma razona Miranda Estrampes, quien critica la posición del Tribunal Constitucional Español; dicho tribunal plantea una tesis restrictiva, señalando que la exclusión solo se debe producir ante la

---

<sup>84</sup> Binder señala que en el proceso penal no resulta del todo aplicable la noción de “carga de la prueba” y que se trataría más bien de un concepto propio del proceso civil (2005: p. 128).

vulneración de garantías ocurrida durante la etapa de investigación, y si en cambio, dicha afectación ha tenido lugar al momento de la admisión de las pruebas o al momento de su práctica, se debe reconducir dicha situación a una vulneración al derecho de defensa y por consiguiente se debe estar a lo regulado en materia de nulidades procesales. Para este autor, no tiene mayor importancia el momento en que se produce la vulneración de la garantía, sino que el hecho que efectivamente se constate la infracción (2003: pp. 55–56). Si bien compartimos la importancia que reviste la protección de las garantías fundamentales en el proceso penal, nos parece que con la actual redacción de la norma no es posible realizar una interpretación extensiva, el texto nos parece bastante claro y creemos que una interesante propuesta *lege ferenda*<sup>85</sup> sería modificar esta norma con el objeto de precaver eventuales inobservancias de garantías en etapas distintas a la de investigación.

Una segunda solución propuesta, es la creación de una “regla jurisprudencial de exclusión fundada en un prejuicio indebido”, esto es, dar una interpretación sistemática a las distintas normas, por ejemplo, los ya mencionados artículos 335 y 343 CPP y jurisprudencialmente crear una nueva regla de exclusión por infracción de derechos fundamentales, no admitiendo las pruebas que puedan implicar un riesgo de prejuicio. De inmediato se ha hecho la advertencia en el sentido que, en nuestra actual realidad, los jueces de garantía en particular y los tribunales en general, se muestran poco llanos a la creación de reglas jurisprudenciales, por lo que difícilmente esta solución podría tener aplicación en la práctica (Sepúlveda, 2012: pp. 21–22)<sup>86</sup>. Además, como bien sabemos, la regla general es la admisibilidad de las pruebas y la exclusión de aquellas es una excepción, por lo que dicha norma entendemos que debe ser interpretada de forma restringida.

### **c) Nuestra posición**

De acuerdo a lo expuesto, compartimos que la incorporación al juicio de la prueba de contexto acarrea el riesgo de prejuicio en el tribunal, y por consiguiente se afectan las garantías de la imparcialidad y la presunción de inocencia. Debido a esto, nos parece de toda lógica que se busquen los mecanismos para evitar dicha situación y creemos que la

---

<sup>85</sup> De la misma forma opina Sepúlveda (2012: p.25).

<sup>86</sup> La autora citada toma como base lo señalado por Julián López, quien señala que una de las funciones del debido proceso es constituir un mecanismo de generación de reglas de persecución penal (2006: pp. 6–8 y 14–18).

forma correcta de hacerlo es a través de la exclusión previa del material probatorio que conlleve el riesgo del prejuicio, sin embargo, nuestra actual regulación procesal penal no contempla una regla clara sobre este aspecto.

De esta forma, como ya lo señalamos, nos parece que una adecuada propuesta *lege ferenda*, sería modificar el artículo 276, inciso 3° CPP, con el objeto de ampliar la regla de exclusión no solo para aquellos casos en que la infracción de garantías fundamentales se produjo en la etapa de investigación, sino que también para aquellas situaciones en que la prueba ofrecida pueda provocar la inobservancia de garantías en otras etapas – incorporación o valoración de la prueba –, obviamente en ese supuesto, el Juez de Garantía deberá realizar una proyección respecto a los efectos que podrá causar la prueba que se ofrece.

Otra posible solución sería realizar la distinción que ya hemos mencionado, utilizando los criterios de admisibilidad lógica y legal, realizando el análisis “costo – beneficio” y excluyendo aquella prueba de contexto que si bien puede aportar información útil para alcanzar la verdad de los hechos, constituye un serio riesgo de generar prejuicio y consecuentemente de afectar garantías procesales fundamentales, esta ponderación debe ser realizada por el Juez de Garantía<sup>87</sup>.

Por el momento, al no existir una norma expresa respecto a la exclusión de la prueba de contexto, entendemos que la defensa debe mantenerse atenta en dos aspectos, en primer lugar, puede ocurrir que la prueba de cargo no solo se introduzca para hacer referencia a conductas anteriores del acusado o a su carácter, puede tratarse de prueba ofrecida para acreditar el hecho principal, pero que al momento de, por ejemplo, recibir la declaración de un testigo, el fiscal haga preguntas “de contexto”, en este caso la defensa debe objetarlas por impertinentes<sup>88</sup>; en segundo término, debe preparar el recurso de

---

<sup>87</sup> Un ejemplo de la ponderación que debe realizar el juez es el que hallamos en el sistema estadounidense donde existen las *Federal Rules of Evidence* (FRE). Estas reglas establecen como principio general la admisibilidad de toda prueba relevante, salvo que exista una razón constitucional o legal para excluirla (FRE 402), en virtud de ello, se establece como causal de exclusión el hecho que la evidencia, no obstante ser relevante, presente un “peligro de prejuicio indebido”, que supere sustancialmente su valor probatorio (FRE 403). Dentro de estas reglas existen una serie de excepciones y casos especiales, por ejemplo, tratándose de delitos sexuales contra menores, situación ante la cual estos principios se relativizan (Hernández, 2010: pp. 40-43).

<sup>88</sup> Art. 292, inc. 1° CPP: Facultades del juez presidente de la sala en la audiencia del juicio oral. El juez presidente de la sala dirigirá el debate, ordenará la rendición de las pruebas, exigirá el cumplimiento de las

nulidad de acuerdo a lo prescrito en el artículo 377 CPP<sup>89</sup>, ya que creemos que la infracción se produce tanto al momento de la incorporación de la prueba, como de su valoración y dictación de la sentencia. Es decir, en estos casos, hay que recorrer el camino completo, se debe realizar el juicio, incorporar la prueba, conocer la sentencia y posteriormente recurrir de nulidad por la causal del artículo 373 a) CPP, esto es, infracción sustancial de derechos y garantías.

Nos parece que de acuerdo al actual momento político–criminal que reina en nuestro país, y en general en los distintos ordenamientos, es difícil que la solución pueda encontrarse por vía legislativa. Es poco efectista para la clase política, en términos electorales y de popularidad, demostrar interés en aspectos que a fin de cuentas serán vistos por la opinión pública como de aquellos que “benefician” a los imputados<sup>90</sup>. Por esta razón, creemos que la primera solución, es decir, la modificación del artículo 276 CPP, por el momento, es poco viable y que en este caso, los Jueces de Garantía deberían utilizar al momento de fundar la admisibilidad de la prueba, los ya nombrados criterios lógico y legal, realizando una ponderación costo–beneficio respecto a la conveniencia de admitir la prueba de contexto.

## CONCLUSIONES

i) En el Derecho probatorio existen múltiples aspectos relevantes ampliamente estudiados y discutidos por la doctrina y la jurisprudencia. Para efectos de nuestro trabajo

---

solemnidades que correspondieren y moderará la discusión. Podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho a defensa.

<sup>89</sup> Art. 377 CPP.– Preparación del recurso. Si la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regularé el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto.

No será necesaria la reclamación del inciso anterior cuando se tratare de alguna de las causales del artículo 374; cuando la ley no admitiere recurso alguno contra la resolución que contuviere el vicio o defecto, cuando éste hubiere tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se tratare de anular, ni cuando dicho vicio o defecto hubiere llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia.

<sup>90</sup> Nuestra legislación evidencia un notorio giro hacia lo que se ha llamado “populismo penal”, reflejándose en distintas reformas que han estado orientadas a tornar menos “garantista” el sistema penal; al respecto véase Horvitz, 2012: pp. 109–116 y Jiménez, Medina y Santos, 2014: pp. 285–311. En este sentido nos parece ejemplificador lo señalado por el senador Alberto Espina en entrevista otorgada al diario La Tercera el día 20 de septiembre de 2014, en que dice, entre otras cosas “...nosotros tenemos jueces, por regla general, muy garantistas, mucho más que el promedio de países que tienen el sistema procesal nuestro...”, agregando posteriormente “Una de las cosas que en Chile hay que modificar es que sólo es válida la prueba legalmente tomada. Es un grave obstáculo que no se consideren pruebas que tengan vicios formales al ser tomadas...”. Disponible en [www.latercera.com](http://www.latercera.com) (revisado por última vez el 8 febrero 2015).

hemos destacado dos, en primer lugar la distinción entre los medios y elementos de prueba y luego el objeto de prueba. De esta forma entendemos que el medio de prueba está constituido por el testigo, perito, documento o evidencia material, mientras que el elemento probatorio es la información que entrega el medio y que sirve al juez para llegar a una conclusión determinada. Por su parte el objeto de prueba es aquello que debe acreditarse en el proceso y que se refiere a aseveraciones de hechos.

**ii)** En materia de prueba existen variadas confusiones terminológicas. Por ejemplo, la denominación tradicional “prueba indiciaria”, ha sido utilizada como sinónimo de prueba indirecta y de presunciones, así como los “indicios” han sido equiparados a “elementos de prueba”.

**iii)** Tradicionalmente se ha entendido que este tipo de prueba corresponde a la llamada “prueba indirecta”, en contraposición a la prueba directa. Al respecto se han utilizado distintos criterios de distinción, decidiéndonos por aquel que destaca la diferencia entre el hecho a probar, que es el jurídicamente relevante y reconocible por tratarse del verbo rector (Juan mató a Diego) y el objeto de prueba que es aquel respecto del cual la prueba ofrece la confirmación (hecho que puede ser principal o secundario). Habrá prueba directa si coincide el hecho a probar con el objeto de prueba, y en caso contrario, es decir si el objeto de prueba recae sobre hechos accesorios, tendremos prueba circunstancial.

**iv)** Se ha entendido que elementos de prueba e indicios son términos sinónimos. Para nosotros en cambio, los elementos de prueba son aquellos antecedentes fácticos (una piedra, un cuchillo) que entregan información al tribunal para que éste pueda acercarse a la verdad de los hechos, mientras que los indicios son hechos accesorios al principal de los cuales se obtiene información que resultará útil para el juzgador.

**v)** Indicio no es sinónimo de presunción, el primero es parte de la información que tendrá el tribunal para resolver, mientras que las presunciones forman parte del razonamiento probatorio del juez.

**vi)** Atendidas dichas confusiones terminológicas, hemos preferido utilizar la expresión “prueba circunstancial”, empleada comúnmente en el Derecho anglosajón y que creemos conveniente utilizar ya que como hemos venido sosteniendo, lo que se intenta acreditar con estas pruebas, son hechos circunstanciales al principal, hechos accesorios,



respecto de los cuales no recae la acusación en el juicio.

**vii)** Si bien adscribimos a la teoría cognoscitivista de la prueba, entendemos que deben existir ciertos filtros al momento de determinar la prueba que se admitirá en el juicio. Existen dos criterios de selección, uno de ellos es el criterio lógico, según el cual solo debe admitirse aquella prueba que permita fundar la verdad de los hechos a probar. El segundo es el criterio legal de admisibilidad, en virtud del cual se intenta proteger ciertos valores tales como los derechos fundamentales de las personas, la celeridad del proceso, los privilegios, etc.

**viii)** La prueba circunstancial, por regla general, debe ser admitida mientras cumpla con los criterios señalados anteriormente. Ahora bien, encontramos dos extremos, uno de ellos en que la prueba circunstancial será absolutamente necesaria, lo que ocurre en aquellos casos en que es necesario probar ciertos aspectos internos del imputado (por ejemplo el dolo); el otro extremo está dado por aquellos casos en que se busca incorporar evidencia que puede resultar excesivamente perjudicial para el imputado por el riesgo de generar prejuicio en el juzgador, por ejemplo, prueba sobre conductas previas del sujeto.

**ix)** No toda la prueba respecto a hechos circunstanciales podrá ser admitida a juicio, es necesario excluir la prueba que sea manifiestamente impertinente, una buena técnica para ello es la formulación de pautas o listas de indicios, que podrán ser generales (presencia física, móvil, mala justificación, etc.) o casuísticas por tipo de delito (homicidios, lavado de activos, delitos contemplados en la Ley N° 20.000, etc.).

**x)** La prueba de los elementos internos presenta una dificultad, éstos no son susceptibles de ser captados por los sentidos. La única forma de descubrir estos aspectos internos es extraer información de los hechos externos del imputado, de las circunstancias previas, coetáneas y posteriores al hecho delictual.

**xi)** Existe material probatorio que al ser aportado durante el enjuiciamiento puede provocar un prejuicio en el tribunal, esta es la llamada prueba de contexto o prueba del carácter que en el fondo busca influenciar a los jueces recayendo sobre conductas similares y pretéritas del imputado que no son objeto de la imputación penal y que consecuentemente puede afectar las garantías de la imparcialidad del tribunal y de la presunción de inocencia.

**xii)** Es necesario limitar la incorporación de la prueba de contexto al juicio oral, para lo cual se puede recurrir a dos posibles soluciones, la primera consiste en modificar el artículo 276, inciso 3° CPP introduciendo como regla de exclusión los casos en que la prueba pueda vulnerar garantías fundamentales en etapas distintas a la investigación o en su caso recurrir a criterios de admisibilidad lógico y legal.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Libros y artículos

- Accatino Scagliotti, Daniela. “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XIX, N° 2, Valdivia, 2006, pp. 9–26.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. “Sobre prueba y motivación”, en *Jueces para la Democracia*, N° 59, 2007, pp. 80–94.
- Arenas Salazar, Jorge. *Crítica del indicio en materia penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1988.
- Artigas Villarroel, Ernesto. *Criminalística general. Para fiscales y defensores*, Legal Publishing, Santiago, 2008.
- Avilés Mellado, Luis. “Hechos y su fundamentación en la sentencia. Una garantía constitucional”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 4, Santiago, 2004, pp. 177–195.
- Baytelman Aronowsky, Andrés. “La fundamentación de la sentencia penal en el juicio oral”, en VV.AA., *Nuevo proceso penal*, Conosur, Santiago, 2000, pp. 283–295.
- Binder, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- Cafferata Nores, José Ignacio. *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la Ley 23.984*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.
- Carrasco Poblete, Julián. “La prueba indiciaria”, en *Boletín del Ministerio Público*, N° 28, Santiago, 2006, pp. 195–232.
- Carnelutti, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, t. I, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1950.
- Cerda San Martín, Rodrigo. *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Librotecnia, Santiago, 2008.
- *Elementos fundamentales de la actividad probatoria*, Librotecnia, Santiago,

2010.

— “¿Puede el Tribunal Oral inadmitir pruebas ofrecidas y aceptadas previamente en la preparación, por considerarlas impertinentes y sobreabundantes?”, en Cerda San Martín, Rodrigo, Hermosilla Iriarte, Francisco y Miranda Estrampes, Manuel, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”*, Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 271–278.

– Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho procesal penal*, t. II, actualizado por C. Chiara Díaz, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.

– Cordón Aguilar, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012.

– Couture, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3ª ed., Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958.

– Cury Urzúa, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2011.

– Damaska, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, trad. A. Morales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

– Dellepiane, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*, 9ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 1989.

– Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, 5ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2002.

– Duce Julio, Mauricio. *La prueba pericial*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013.

— “¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate”, en Revista Ius et Praxis, año 19, N° 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, 2013, pp. 77–138.

– Fernández, Eduardo. “La prueba indirecta”, en *Revista Procesal Penal*, N° 10, Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 13–20.

– Fernández López, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.

– Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, 9ª ed., Madrid, 2009.

- Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Fisher, George. *Evidence, second edition*, Foundation Press, New York, 2008.
- Fontecilla Riquelme, Rafael. *Tratado de Derecho procesal penal*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.
- Gama Leyva, Raimundo. “Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho continental”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 19, Santiago, 2013, pp. 65–89.
- Garcimartín Montero, Regina. *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1997.
- Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Giannelli, Paul C. *Understanding Evidence*, 3rd ed., Lexis Nexis, New Haven–San Francisco, 2009.
- Giménez García, Joaquín. “La prueba indiciaria en el proceso penal”, en *Jueces para la Democracia*, N° 56, 2006, pp. 75–86.
- González, José Luis y Manzanero, Antonio L. *Avances en psicología del testimonio*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2013.
- González Lagier, Daniel. “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, en *Jueces para la Democracia*, N° 50, 2004, pp. 41–51.
- Gorphe, Francois. *Apreciación judicial de las pruebas. Ensayo de un método técnico*, trad. J. Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1985.
- Greenstein, Richard K. “Determining Facts: The Myth of Direct Evidence”, en *Houston Law Review*, 45, 2009, pp. 1801–1830.
- Heeter, Eugénée M. “Chance of Rain: Rethinking Circumstantial Evidence Jury Instructions”, en *Hastings Law Journal*, 64, issue 2, 2013, pp. 527–560.
- Heller, Kevin Jon. “The Cognitive Psychology of Circumstantial Evidence”, en *Michigan*

*Law Review*, 105, N° 2, 2006, pp. 241–305.

– Hernández Basualto, Héctor. “El delito de lavado de dinero”, en *Informes en Derecho*. Ministerio Público, Santiago, 2005, pp. 321–354.

— “Pertinencia como garantía: prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”, en Accatino Scagliotti, Daniela (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 21–44.

— “Alcances de la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad”, en *Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2010*, N° 8, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2011, pp. 53–60.

– Horvitz Lennon, María Inés. “Seguridad y garantías: Derecho penal y procesal penal de prevención de peligros”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 16, Santiago, 2012, pp. 99–118.

– Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

– Huerta Castro, Sofía. “Resultados de la actualización de estudio sobre metaperitajes realizados por la defensa a informes psicológicos y psiquiátricos de evaluación pericial de credibilidad de testimonio y evaluación pericial de daño. Presentados por el Ministerio Público en audiencias de juicio oral los años 2010 – 2011”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 54, Santiago, 2013, pp. 159–176.

– Huerta Castro, Sofía y Maffioletti Celedón, Francisco. “Acerca del valor de los llamados metaperitajes sobre evaluaciones periciales psicológicas a víctimas”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 41, Santiago, 2009, pp. 113–124.

— “Aportes a la evaluación pericial de víctimas en delitos sexuales”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 43, Santiago, 2010, pp. 169–186.

– Jaén Vallejo, Manuel. *La prueba en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

– Jauchen, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2002.

– Jiménez Allendes, María Angélica, Medina González Paula y Santos Alvins, Tamara. *Un*

*nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos*, Universidad Central, Centro de Investigaciones Criminológicas de la Justicia Penal, Santiago, 2014.

– Jorquera Lorca, René y Herrera Fuenzalida, Paola. *Curso de Derecho procesal penal chileno*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 1993.

– Libedinsky Ventura, Sofía. “La exclusión de los antecedentes penales en el juicio oral”, en *Revista de Derecho*, N° 111, Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2002, pp. 79–88.

– López Espinoza, Reiser; Ayala Miranda, Erika y Nolasco Valenzuela, José. *Manual de litigación en prueba indiciaria*, Ara Editores, Lima, 2011.

– López López, Osvaldo. *Derecho procesal penal chileno*, Ediciones Encina, Santiago, 1969.

– López Masle, Julián. “Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas”, en Bordalí Salamanca, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 181–207.

– Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimp., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

– Maturana Miquel, Cristián y Montero López, Raúl. *Derecho procesal penal*, t. II, Abeledo Perrot, Santiago, 2010.

– Mayer Lux, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, Valparaíso, 2014, pp. 285–319.

– Medina Quiroga, Cecilia. “Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad”, en *Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2012*, N° 12, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2013, pp. 7–60.

– 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, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, 2008, pp. 43–86.

— “Racionalidad en el juicio penal y presunciones legales”, en VV.AA., *Estudios*

*de ciencias penales. Hacia una racionalización del Derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 53–85.

– Miranda Estrampes, Manuel. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003, pp. 53–66.

— “11 cuestiones básicas sobre la prueba indiciaria en el proceso penal”, en *Revista de la Justicia Penal*, N° 7, Librotecnia, Santiago, 2011, pp. 11–31.

— “¿Son admisibles las pruebas periciales de credibilidad de los testimonios, especialmente cuando son prestados por menores de edad? ¿Cuál debería ser el contenido mínimo de un dictamen pericial psicológico de credibilidad de las manifestaciones de un niño o niña victimizado?”, en Cerda San Martín, Rodrigo, Hermsilla Iriarte, Francisco y Miranda Estrampes, Manuel, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”*, Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 165–172.

— “¿Cuáles deben ser las condiciones de utilizabilidad y de suficiencia probatoria de los testigos de oídas?”, en Cerda San Martín, Rodrigo, Hermsilla Iriarte, Francisco y Miranda Estrampes, Manuel, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”*, Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 331–343.

— “¿La admisión de la prueba indiciaria comporta una reducción del estándar de prueba en el proceso penal?”, en Cerda San Martín, Rodrigo, Hermsilla Iriarte, Francisco y Miranda Estrampes, Manuel, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”*, Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 344–356.

– Moreno Holman, Leonardo. “Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal”, en VV.AA., *El modelo adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*, Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 68–218.

– Nieva Fenoll, Jordi. *Fundamentos de Derecho procesal penal*. Editorial B de F, Buenos



Aires, 2012.

- Núñez Ojeda, Raúl. “La imparcialidad objetiva del juzgador penal y el principio acusatorio (el caso español)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. XCV, N° 1, Santiago, 1998, pp. 1–36.
- Paillás Peña, Enrique. *Derecho procesal penal*, vol. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.
- Paredes Castañón, José Manuel. “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 18, 2001, pp. 67–93.
- Pastor Alcoy, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Código procesal penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- Rabi González, Roberto. “¿Qué rol y justificación tiene el control de identidad de una persona en nuestro sistema procesal penal considerando el actual texto del artículo 85 del Código Procesal Penal?”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, N° 13, 2010, pp. 323–363.
- Ragués i Vallès, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, N° 4, 2004, pp. 13–26.
- Ramos Méndez, Francisco. *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2011.
- Rebolledo Latorre, Lorena. “La prueba indiciaria en el delito de desvío de precursores químicos”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 49, Santiago, 2011, pp. 152–161.
- Rosas Yataco, Jorge. “Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional”, en Hurtado Pozo, José (dir.), *La reforma del proceso penal peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo, Lima, 2004. Disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros#2004>, pp. 287–302.
- Sánchez–Vera Gómez–Trelles, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*.

*Análisis funcional desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

– Salinero Echeverría, Sebastián. “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, Valparaíso, 2013, pp. 263–308.

– Sepúlveda Briones, Verónica. “Prueba de contexto. ¿Es posible el control del prejuicio a través de la exclusión probatoria?”, en *Razonamiento Penal*, N° 2, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2012, pp. 9–27.

– Taruffo, Michele. “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, trad. J. Larroucau, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XV, N° 2, Valdivia, 2003, pp. 205–213.

— *La prueba de los hechos*, trad. J. Ferrer, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005.

— “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en *Jueces para la Democracia*, N° 59, 2007, pp. 71–79.

— *La prueba*, trad. L. Manríquez y J. Ferrer, Marcial Pons, Madrid, 2008.

– Ugarte Cataldo, José Luis. “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, Valparaíso, 2009, pp. 215–228.

– Vásquez Rossi, Jorge. *Derecho procesal penal. El proceso penal*, t. II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997.

– Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho procesal penal*, 3ª ed., actualizada por M. Ayán y J.I. Cafferata Nores, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1981.

## **II. Documentos**

– *Evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonio. Documento de trabajo interinstitucional*. Ministerio Público; Policía de Investigaciones de Chile; Carabineros de Chile; Ministerio de Justicia; Servicio Médico Legal y Servicio Nacional de Menores, Santiago, febrero de 2008.

– *Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. Oficio del Fiscal Nacional N° 160/2009*, de 30 de marzo de 2009.

– *Instrucción general que imparte criterios de actuación sobre la audiencia de preparación del juicio oral. Oficio del Fiscal Nacional N° 284/2010, de 31 de mayo de 2010.*

– *Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal. Oficio del Fiscal Nacional N° 060/2014, de 23 de enero de 2014.*

– *Protocolo interinstitucional de reconocimiento de imputados.* Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional del Ministerio Público; Policía de Investigaciones de Chile y Carabineros de Chile. Santiago, julio de 2013.

– *Tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile. Informe de condenas 2007 – 2011.* Unidad de Análisis Financiero, Santiago, abril de 2012.

### **III. Textos normativos**

– Código Civil.

– Código de Procedimiento Civil.

– Código de Procedimiento Penal.

– Código del Trabajo.

– Código Penal.

– Código Procesal Penal.

– *Federal Rules of Evidence.*

– Ley N° 18.314.

– Ley N° 19.913.

– Ley N° 20.000.

– Ley N° 20.074.

– Ley N° 20.087.

– Ley N° 20.090.

– Ley N° 20.609.

#### **IV. Jurisprudencia**

- TSE, 29 enero 2009, ROJ 920/2009.
- CS, 30 mayo 2012, Rol 2813–2012.
- CS, 25 julio 2012, Rol 4215–2012.
- CS, 22 abril 2013, Rol 1179–2013.
- CA Concepción, 6 marzo 2012, Rol 35–2012.
- JG Victoria, 22 octubre 2010, RIT 1134–2009.
- TJOP Copiapó, 23 agosto 2010, RIT 94–2010.
- TJOP Cañete, 22 marzo 2011, RIT 35–2011.
- TJOP Valdivia, 31 diciembre 2011, RIT 113–2011.
- TJOP Antofagasta, 14 enero 2012, RIT 333–2011.
- TJOP Colina, 13 marzo 2012, RIT 19–2012.
- TJOP Puerto Montt, 20 marzo 2012, RIT 7–2012.
- TJOP La Serena, 23 marzo 2012, RIT 277–2011.
- TJOP Antofagasta, 18 abril 2012, RIT 54–2012.
- TJOP Punta Arenas, 25 mayo 2012, RIT 12–2012.
- TJOP Puerto Montt, 19 junio 2012, RIT 29–2012.
- TJOP Los Andes, 15 julio 2012, RIT 26–2012.
- TJOP Puerto Montt, 26 agosto 2012, RIT 59–2012.
- TJOP Viña del Mar, 25 marzo 2013, RIT 130 – 2012.
- TJOP Punta Arenas, 24 julio 2013, RIT 45–2013.
- TJOP Antofagasta, 3 septiembre 2012, RIT 199–2012.
- TJOP Rancagua, 14 septiembre 2012, RIT 237–2012.
- TJOP Punta Arenas, 9 diciembre 2012, RIT 72–2012.

- TJOP Puerto Montt, 22 diciembre 2012, RIT 94–2012.
- TJOP Angol, 28 agosto 2012, RIT 57–2012.
- TJOP Puerto Montt, 22 diciembre 2012, RIT 51–2012.
- TJOP Angol, 5 febrero 2013, RIT 100–2012.
- TJOP Ovalle, 26 marzo 2013, RIT 19–2013.
- TJOP Copiapó, 20 abril 2013, RIT 48–2012.
- TJOP Talca, 28 mayo 2013, RIT 63–2013.
- TJOP Los Ángeles, 14 agosto 2013, RIT 70–2013.
- Tercer TJOP Santiago, 30 diciembre 2013, RIT 143–2013.

#### **V. Recursos electrónicos**

- [www.latercera.com](http://www.latercera.com)