



*Francisco Abd-El-Kader Alarcón – Milenka Kegevic Romero*

*Profesor Guía: Sem Sandoval Reyes*

**EL RECURSO DE NULIDAD Y EL PROBLEMA DEL  
RECONOCIMIENTO VISUAL DE IMPUTADOS EN EL  
PROCEDIMIENTO PENAL CHILENO.**

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto exponer y analizar el problema de las sentencias condenatorias en el procedimiento penal chileno, en las cuales ha existido un erróneo reconocimiento visual de imputados, atacando dicho problema a través de recurso de nulidad que comprenda la revisión integral del fallo.

Palabras Clave: *Reconocimiento visual de imputados, rueda de reconocimiento, reconocimiento en set fotográfico, recurso de nulidad, invalidación del juicio y la sentencia.*

Introducción.

Capítulo primero: Aproximación al problema del reconocimiento visual del imputado.

1. Aproximación al problema.
  - 1.1. Presupuesto del reconocimiento visual del imputado.
  - 1.2. Nociones de reconocimiento visual.
  - 1.3. Naturaleza jurídica.
  - 1.4. Momento procesal de la realización.
  - 1.5. Tipos de reconocimiento visual.
    - 1.5.1. Reconocimiento en rueda.
    - 1.5.2. Reconocimiento en set fotográfico.

Capítulo Segundo: Aportes ineludibles provenientes desde otra área del conocimiento.

1. Importantes aportes provenientes desde psicología.
  - 1.2. Variables del sistema.
  - 1.3. Un especial factor del sistema antes de la rueda judicial.
  - 1.4. Variables que dicen relación con las circunstancias del hecho, la víctima o el testigo.
    - 1.4.1. Factores o sucesos del ambiente.
      - a) Duración del suceso y tiempo de exposición de la cara del agresor.
      - b) Condiciones de iluminación.
      - c) Número de agresores.
    - 1.4.2. Factores del testigo o víctima.
      - a) Violencia del suceso estrés de la víctima.
      - b) Foco en el arma.
      - c) Presencia de alcohol.
    - 1.4.3. Factores de retención.
      - a) Intervalo de retención.
      - b) El efecto de otras caras; familiaridad.
  - 1.5. Especial variable que puede afectar el reconocimiento en set fotográfico.

## Capítulo Tercero: Regulación nacional y comparada.

### 1. Regulación nacional y foránea.

#### 1.1. En el derecho foráneo.

##### 1.1.1. En España.

###### 1.1.1.1. Reconocimiento en rueda.

###### 1.1.1.2. Reconocimiento en set fotográfico.

##### 1.1.2. En Gran Bretaña.

###### 1.1.2.1. Reconocimiento en rueda.

###### 1.1.2.2. Reconocimiento en set fotográfico.

###### 1.1.2.3. Reconocimiento por video.

#### 1.2. En el derecho nacional.

##### 1.2.1. Protocolo de Reconocimiento suscrito por Ministerio Público y Policías.

###### 1.2.1.1. Reconocimiento en set fotográfico.

###### 1.2.1.2. Reconocimiento en rueda.

##### 1.2.2. El paso de la diligencia hacia la prueba; reglas de exclusión de pruebas.

##### 1.2.3. La sentencia condenatoria con presencia de identificación visual errada como presupuesto del recurso.

## Capítulo Cuarto: El recurso en el proceso penal chileno.

### 1. Aspectos Generales del recurso en el proceso penal.

#### 1.1. Derecho al recurso y su contenido complejo.

##### 1.1. Naturaleza del examen recursivo.

### 2. El recurso de nulidad en el proceso penal y el problema de la revisión integral del fallo de condena por erróneo reconocimiento de imputados.

#### 2.1. Recurso de Nulidad como vía de impugnación contra sentencia condenatoria:

##### Concepto.

#### 2.2. Causales que motivan el recurso.

### 2.2.1. Causales Genéricas.

#### 2.2.1.1. Infracción sustancial de derechos o garantías.

#### 2.2.1.2. Errónea aplicación del derecho.

### 2.2.2. Causales Absolutas.

### 2.3. Controles que inciden en el juicio fáctico.

## INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de imputados es, en sentido amplio, una de las evidencias –entendido esto, tanto como diligencia de investigación como de prueba- de mayor utilización en los sistemas de justicia criminal de los diversos países<sup>1</sup>, y por lo tanto un asunto fundamental en los sistemas judiciales penales y dentro de los organismos policiales, puesto que muchas veces –sino las más-, a partir de este se guía una investigación completa o se formaliza a algún individuo. En base a esto uno podría imaginarse que la importancia que se le da –tanto a la investigación como a la aplicación de esta en cuestiones materiales, es decir, en la práctica de la diligencia misma- es inmensa, o a lo menos vasta, pero lamentablemente esto no es tal, ya que más bien son pocos los autores que han dedicado estudios al tema –sobre todo en el Derecho mismo-, es nula la referencia a esta diligencia que se puede encontrar en el Código Procesal Penal, y peor aún, muchos menos organismos estatales encargados de la persecución criminal y su juzgamiento, que aplican los avances que desde diversos ámbitos aparecen cada cierto tiempo.

La experiencia comparada muestra que un gran número de condenas erróneas se han generado a partir de reconocimientos de imputados mal realizados. Es decir, casos en los cuales se afirma que una persona ha tenido participación en un hecho delictivo, pero que luego –muchas veces después de resultar condenados– se verifica que dicha aseveración no era tal, ya

---

<sup>1</sup> Pezdek, K., Expert Testimony on Eyewitness Memory and Identification, en: Costanzo, M.; Krauss, D.; Pezdek, K. (Eds.), *Expert Psychological Testimony for the Courts*, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2007, p. 99.

que la elección poseía una serie de problemas que produjeron aquella equivocada conclusión<sup>2</sup>; Sin ir más allá, en Estados Unidos el porcentaje de condenas erróneas –que se sitúa a nivel mundial entre un 2% y un 4%- provocadas por reconocimientos visuales incorrectos asciende al 75%, y en Chile al 80%<sup>3</sup>, albergando el porcentaje restante cuestiones variadas como las declaraciones falsas, autoincriminaciones falsas, procedimientos periciales erróneos, mala conducta de los agentes persecutores o del defensor, etc.

Ya en el año 1908, el psicólogo de origen alemán y profesor de la Universidad Norteamericana de Harvard Hugo Munsterberg sostenía que la honestidad de un testigo no es suficiente garantía de la confiabilidad de su relato y la seguridad que este imprime en aquel, tampoco es prueba de su precisión<sup>4</sup> dado que en la memoria humana afectan una infinidad de factores<sup>5</sup> que muchas veces –al momento de consignar las declaraciones de testigos o víctimas- se pasan por alto, dejando de lado un elemento capital en esta materia, que es la confiabilidad que el aparato judicial y las policías le entregarán a dicha declaración.

Sin ahondar en profundidad en el tema, debemos consignar que la memoria humana está compuesta por 3 elementos básicos, que a la vez son etapas; el primero es la codificación, el segundo el almacenamiento y el tercero la recuperación<sup>6</sup>.

Esta postura le valió muchas críticas al citado psicólogo, puesto que desde el aparato judicial se veía como una afrenta directa a los métodos de rendición y valoración de la prueba, y como no, al aparato judicial mismo, sin dejar de lado el recelo histórico que ha tenido un sector de la doctrina del Derecho en general, al aporte de otras ciencias para el desarrollo de esta, y más aún, de una ciencia tan controversial como lo era –particularmente en esos años- y lo sigue siendo, la psicología. Por lo tanto, si bien había un sector de la doctrina que aceptaba las falencias del sistema –puesto que también había un sector amplio que no las reconocía-, este prefería sostener –tal como lo señalaba el destacado jurista John Wigmore- que las soluciones a estos problemas debían buscarse “dentro del Derecho” y no en una ciencia ajena.

---

<sup>2</sup> Smith, Andrew; CUTLER, B., “Introduction: Identification Procedures and Conviction of the Innocent”, en: Cutler, B.(Ed.), Reform of Eyewitness Identification Procedures, Washington: American Psychological Association, 2013, pp. 6-12.

<sup>3</sup> Según datos aportados por la Defensoría Penal Pública, en el marco del Proyecto Inocentes.

<sup>4</sup> Doyle, J. True Witness, Editorial Palgrave Macmillan, Nueva York, 2005, p. 9.

<sup>5</sup> Loftus, Elizabeth, Eyewitness Testimony, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, pp. 52 y ss.

<sup>6</sup> Wells, G., Eyewitness identification: Systemic reforms, Winconsin Law Review, 615,623, 2006.

En nuestro país –hasta hace un tiempo relativamente corto- el tema no había sido abordado ni por la doctrina ni por los operadores del sistema. De un tiempo a esta parte, sin embargo, esa tendencia se ha revertido, y han surgido aportes provenientes tanto del mundo académico como de órganos estatales.

Tal es así, que tanto las policías<sup>7</sup> como el Ministerio Público<sup>8</sup> han suscrito protocolos con el objeto de unificar el método del reconocimiento visual y además establecer estándares de calidad de los mismos. También, existe un proyecto de ley presentado en el Congreso Nacional que persigue los mismos objetivos.<sup>9</sup>

Aun así, la falibilidad es latente, por lo tanto es necesario que exista un mecanismo ex-post en el evento que el imputado considere que la diligencia adolece de alguna deficiencia –o que aún sin presentar las deficiencias, el testigo o sujeto que lo reconoce, ha errado o mentido señalándolo, a él como el hechor- con el objeto de recurrir de ella, otorgarle mayor utilidad y por supuesto justicia.

Si durante el procedimiento y antes de la dictación de la sentencia no se ha alcanzado solución alguna para evitar o solucionar un error en el reconocimiento visual, correspondería, una vez dictada sentencia, desarrollar un mecanismo ex – post en el evento de que el imputado considere que la diligencia adolece de alguna deficiencia –o que aún sin presentarlas el testigo o sujeto que lo reconoce haya errado o mentido, señalándolo a él como hechor- con el objeto de recurrir de ella, otorgándole así mismo mayor utilidad y por supuesto justicia, el cual es indispensable si tenemos a la vista las garantías que deben estar presentes a lo largo de todo el procedimiento penal, tales como el principio de inocencia, el derecho a defensa e incluir el que resultaría relevante para el caso en el supuesto de una sentencia condenatoria por un erróneo reconocimiento visual de imputados, este es el derecho al recurso.

---

<sup>7</sup> En la Policía de investigaciones, véase la Orden General N° 2287 de 19 de octubre de 2010 del Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, por la que aprueba el documento Cartilla Instructiva para el reconocimiento de personas. En Carabineros, véase DEPARTAMENTO DE OS-9, Manual sobre normas básicas para la identificación de imputados de delitos a través del reconocimiento fotográfico y la rueda de personas, Santiago: 2009, pp. 1 – 18.

<sup>8</sup> MINISTERIO PÚBLICO, Protocolo Interinstitucional de Reconocimientos de Imputados, Santiago: Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, 2013, pp. 9-34.

<sup>9</sup> Boletín N° 8810-07, que modifica el Código Procesal Penal con el fin de reforzar la protección de las víctimas, mejorar la función que desempeña el Ministerio Público y fortalecer la acción policial y la operatividad del sistema de justicia penal, presentado el 4 de marzo de 2013.

El Derecho Internacional se ha encargado de esto, así el artículo 8.2 e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece dentro de todas las garantías mínimas que tienen un individuo, en plena igualdad y durante un proceso penal, está el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley, en su artículo 14.5.

Ante esta situación normativa y del hecho que Chile ratificó estos tratados, se deriva la necesidad de que dentro del cuerpo normativo nacional exista un medio que en el proceso penal permita controlar el correcto establecimiento de los hechos o enjuiciamiento fáctico que realizan los órganos jurisdiccionales, adquiriendo ya no solo un reconocimiento internacional, sino que también Constitucional.

El Código Procesal Penal en su Título IV Libro III desarrolla el recurso de nulidad, el cual establece que este *se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas por la ley*, y con posterioridad desarrolla tanto causales genéricas como absolutas.

Ante la situación en que efectivamente se haya llevado a cabo un juicio, en que se conozca y valore una prueba de reconocimiento visual del imputado, y esta resultase errónea es necesario determinar de qué manera y a través de que causal podemos dar solución a este problema, esto sugiere diversos problemas, principalmente que al ubicarse específicamente el error en una prueba –prueba de reconocimiento visual de imputados- estamos justamente en el fundamento fáctico del establecimiento de los hechos que realiza el juzgador, por tanto la cuestión relevante aquí es, ¿será posible, a través del recurso de nulidad, incidir o atacar los hechos en un procedimiento penal en el cual existe un tribunal colegiado que juzga y conoce del proceso de manera directa, valorando así la prueba de la misma manera?, inicialmente pareciera que no, ya que el recurso de nulidad no puede ser considerado una segunda instancia, estaríamos básicamente desautorizando o quitándole valor al trabajo de conocimiento y juzgamiento directo realizado por los juzgadores, es por esto que se torna indispensable estudiar y desarrollar el camino a seguir para que este recurso se útil y una efectiva solución a este problema que en la actualidad se hace más frecuente.

Sostendremos que esta manera de concebir este motivo del recurso se justifica ya por la más actual doctrina, que se analizaran dentro de los exámenes posibles que se pueden realizar a través del recurso de nulidad, los controles que el Profesor Del Río Ferretti desarrolla en su texto *El derecho al recurso y recurso de nulidad penal*, y que directa o indirectamente alcanzan a la justificación del juicio de hecho a través del recurso de nulidad, esto es, el control sobre la condición de legitimidad previa al enjuiciamiento fáctico, el control sobre la condición formal de legitimidad de la valoración de la prueba, el control sobre la condición material de legitimidad de la valoración, y por último, el control sobre el resultado probatorio de confirmación de la hipótesis acusatoria.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### ***Aproximación al problema del reconocimiento visual del imputado.***

#### **1. Aproximación al problema**

##### **1.1. Presupuesto del reconocimiento visual del imputado**

El presupuesto básico de esta diligencia es el acaecimiento de un hecho punible, fundamentalmente con imputado desconocido. Como se revisará más adelante, la citada diligencia presta su mayor utilidad en los casos que, teniendo información sobre un hecho ilícito y las circunstancias que lo rodean, no se tiene mayor certeza sobre la identidad de el o los sospechosos de este, siendo esta una herramienta fundamental que –al ser practicada de forma rigurosa y bajo ciertos estándares- nos permite, sino acercarnos a la identidad del hechor, a lo menos a descartar la participación de otros sujetos quienes pueden ser imputados por parte del órgano persecutor o de las policías, cuestión que lejos de ser baladí es de capital importancia al momento de llevar a cabo una investigación penal.

Además de este presupuesto básico, debemos señalar que en la presente investigación tendremos –con el objeto de acotar y detallar de mejor forma el trabajo- un presupuesto añadido, que son los llamados “delitos violentos” tales como secuestro, sustracción de menores, lesiones, también los distintos tipos de robos, tales como robos calificados, robos



con violencia o intimidación, robos en lugar habitado<sup>10</sup>, y en general, delitos en los cuales la víctima se encuentra cara a cara con el agresor en un contexto especialmente violento, diferente –por ejemplo- de los llamados delitos económicos, ya que es estos –en general- son ejemplos de típicos de hechos punibles con imputados desconocidos.

## 1.2. Nociones del reconocimiento visual

Primeramente, debemos señalar la acepción de reconocer que nos entrega la Real Academia de la Lengua Española, que señala “examinar algo o a alguien para conocer su identidad, naturaleza y circunstancias” o también “establecer la identidad de algo o de alguien.”<sup>11</sup>

Ahora, el profesor José Cafferata hace una distinción entre el acto psicológico del reconocimiento y el acto procesal del reconocimiento, señalando el primero como “el juicio de identidad entre una percepción presente y una pasada”<sup>12</sup> y el segundo como “toda vez que se verifique la identidad (lato sensu) de una persona, por la indicación de otra, que manifieste conocerla o haberla visto”<sup>13</sup>, esto en un contexto de reconocimiento que busca como objetivo la verificación de la participación de hechores, testigos o víctimas en el marco de un hecho delictuoso.

Para el citado autor, ambos pertenecen al grupo de los denominados “reconocimientos impropios” ya que se realizan fuera del marco de un proceso penal, así, según el mismo, sería “reconocimiento propio”, el “acto formal en virtud del cual se intenta conocer la identidad (lato sensu) de una persona, mediante la intervención de otra, quien al verla entre varias, afirma (o niega) conocerla o haberla visto en determinadas circunstancias”<sup>14</sup>. La noción de reconocimiento que utilizaremos, por tanto, será la segunda de las recién enunciadas, es decir, la del “reconocimiento propio”.

## 1.3. Naturaleza jurídica

---

<sup>10</sup> Según clasificación entregada por el Ministerio Público en su página web. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/violentos.jsp>.

<sup>11</sup> Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. <http://dle.rae.es/?w=reconocer&m=form&co=h>

<sup>12</sup>Altavilla E., Psicología Giudiziaria, Torino, 1948, p. 516. Cit.: Cafferata, J., La prueba en el proceso penal, Ed. De palma, Buenos Aires, 1998, p.125.

<sup>13</sup>Cafferata, J., La prueba en el proceso penal, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1998, P. 126

<sup>14</sup> Ibídem.

Respecto a su naturaleza, debemos decir que su ubicación no es nada clara, ya que en primer lugar, habrá que hacer una diferencia entre el reconocimiento en fase investigativa, el cual constituye una diligencia de investigación, y el reconocimiento en fase de juicio, la cual constituye prueba. Ahora bien, centrándonos en el reconocimiento como prueba, este incorpora elementos de la prueba testimonial, aunque quizá dicha declaración sea demasiado puntual para ser considerada como tal, de la prueba documental, ya que en el caso del reconocimiento fotográfico es sobre un documento –la fotografía- que se declara, y por último, de la prueba pericial, puesto que el reconocimiento posee aspectos periciales importantes, que no acostumbran a formar parte de la formación de un jurista. Finalmente, parece coherente sostener que entonces que se trata de una prueba de declaración de personas cuya valoración viene asistida y enriquecida –pero no sustituida- por el dictamen pericial que realice un psicólogo del testimonio<sup>15</sup>.

#### **1.4. Momento procesal de la realización**

En cuanto al momento en que deba realizarse, parece necesario desechar de inmediato la opción de realizarla ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, por lo poco práctico que resultaría atendiendo a las deficiencias que presenta la memoria con el transcurso del tiempo y el presumible lapso que existirá entre la comisión del delito y el acaecimiento del juicio oral. Es así como fundamentalmente está llamado a tener lugar en la fase de investigación, o incluso de momentos previos a la misma, lo más prontamente posible desde la comisión del delito.

#### **1.5. Tipos de reconocimiento visual**

Debemos señalar que el reconocimiento visual admite, en principio, dos tipos:

El primero, que es el que conlleva más facilidades –por motivos que expondremos con posterioridad- para las policías y/o el órgano encargado de practicar la diligencia será el reconocimiento fotográfico; y el segundo -que no se utiliza con tanta regularidad dado que tiene complejidades que el anterior método no supone- es el reconocimiento en rueda.

##### **1.5.1. Reconocimiento en set fotográfico**

---

<sup>15</sup>Diges, M., García, M., Miranda, M., Nieva, J., Obach, J., Pérez, N., Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento, Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pág.18.

El reconocimiento fotográfico *consistirá en mostrar a la persona testigo o víctima de un delito una serie de fotografías para comprobar si reconoce a alguna o algunas de las personas que vio en la escena del crimen.*

Por lo tanto, lo que sucederá con la víctima o testigo será que se le enseñará un libro o carpeta, la que contiene una serie de fotografías de diferentes sujetos, todos los cuales deben tener un aspecto similar al descrito por esta/e en sus declaraciones anteriores, con el objeto de no interferir en su recuerdo y así conservarlo lo más puro posible, y a partir de esta multiplicidad de fotografías, informarle al funcionario que realiza la diligencia si alguno de los observados corresponde al sujeto que él vio al momento de la comisión del delito.

El sentido u objeto de esta diligencia, consiste en que el testigo o víctima, sin intervención alguna del funcionario –ya que deberá estar vedado que este haga cualquier tipo de insinuación, sea esta incluso la más mínima- confrontando las fotografías con su memoria, pueda sostener si alguna de ellas coincide con el recuerdo que tiene del sujeto a reconocer.

### **1.5.2. Reconocimiento en rueda**

El reconocimiento en rueda consiste en la observación directa por testigos o víctimas de los hechos relacionados con el delito de personas cuyas características físicas puedan coincidir con el sujeto que el testigo observó en el momento del acaecimiento de dichos hechos, y que también formará parte de la rueda, al menos en alguna de las tandas de personas que sean exhibidas. Durante la realización de este tipo de reconocimiento, suele ponerse a una cierta cantidad de sujetos de similares características, en una línea para que sean observados por el testigo; otra forma de realización de esta diligencia es de forma secuencial, es decir, hacer pasar a un sujeto cada vez con el objeto que el testigo no escoja “por comparación” sino que solo cotejando cada sujeto con su propia memoria.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Aportes ineludibles provenientes desde otra área del conocimiento.*

#### **1. Importantes aportes provenientes desde la psicología**

Desde antiguo la psicología se ha interesado en el asunto del reconocimiento visual, porque además de ser esta una diligencia de investigación y una prueba judicial de gran relevancia, es también una prueba de memoria, y es ese aspecto el que ha sido ampliamente investigado, tanto es así que ha surgido la llamada “psicología del testimonio”<sup>16</sup>, que se ha dedicado los últimos cuarenta años a estudiar en profundidad las variables que concurren al momento de producirse el delito y en la posterior identificación en rueda o en set fotográfico, para valorar su influencia en la memoria de los testigos<sup>17</sup>.

Existen diversos factores y de diferentes orígenes que pueden afectar el proceso de reconocimiento. La literatura científica en general las ha dividido en dos tipos<sup>18</sup>, que son las que señalaremos a continuación:

#### **1.2. Variables del sistema**

---

<sup>16</sup> La psicología del testimonio es una aplicación de los conocimientos, procedimientos y herramientas desarrolladas desde la Psicología de la Memoria a los casos en los que testigos y víctimas son los que proporcionan las pruebas (declaraciones e identificaciones). En estas situaciones, en realidad, se somete a distintas tareas de memoria a testigos y víctimas cuando se les pide que *recuerden* y relaten lo que vieron y oyeron y que *reconozcan* a la persona que realizó los hechos. Diges, M., García, M., Miranda, M., Nieva, J., Obach, J., Pérez, N., Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento, Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 34.

<sup>17</sup>Diges, M., La exactitud en la identificación: factores psicológicos, en Diges, M., Alonso-Quecuty, M., Psicología del Testimonio, en Cuadernos Digitales de Formación, 29, Consejo General del Poder Judicial, 2009.

<sup>18</sup> WELLS, G., OLSON, E., “Eyewitness Testimony”, Annual Review of Psychology, Vol. 54 (2003), pp. 277 - 295, pp. 279 y 280, en: [https://public.psych.iastate.edu/glwells/annual\\_review\\_2003.pdf](https://public.psych.iastate.edu/glwells/annual_review_2003.pdf)

Son aquellas que afectan la precisión de la identificación ocular del testigo y son controlables por el sistema, dado que ocurren durante la fase de investigación policial y durante la obtención de la prueba judicial.<sup>19</sup>

Estas afectan la fase de recuperación de la memoria y como ejemplo podemos mencionar el comportamiento del funcionario a cargo de la diligencia, sobre todo en relación a las instrucciones que se le da al testigo y/o víctima al momento mismo del reconocimiento; también son variables de este tipo los métodos y lugares en los que se practican los reconocimientos, deficiencias respecto al estándar de similitud entre los sujetos observados y la declaración previa, etc.

### **1.3. Un especial factor del sistema antes de la rueda judicial**

Antes de la ocurrencia de la prueba judicial, está la posibilidad que la memoria del testigo se vea afectada o contaminada por la intervención de factores del sistema.

A grandes rasgos, podríamos decir que la amenaza más importante a la que se ve expuesta la memoria son los procedimientos sugestivos, siempre entendidos como no intencionales, en los cuales aparecen palabras que influyen en el posterior reconocimiento del testigo. Por ejemplo si el funcionario hace preguntas sobre el agresor tales como “¿qué tan alto era?” los resultados empíricos nos demuestran que formular la pregunta en términos de cómo de alto o de bajo, arrastra las estimaciones del testigo hacia ese extremo<sup>20</sup>.

Por lo tanto, la mejor manera de realizar y tomar este tipo de declaraciones será dejando al testigo relatar los hechos tal cual como estime conveniente, evitando preguntas e interrupciones.

### **1.4. Variables que dicen relación con las circunstancias del hecho, la víctima o el testigo**

---

<sup>19</sup> Wells, G., Applied eyewitness-testimony research. System variables and estimator variables”, en *Journal and Social Psychology*, 36, 1978, pp. 1546-1557.

<sup>20</sup> Loftus, e., Palmer, J., *Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory*, en *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 13, 1974, pp. 585-589.

Son aquellas que al ser inherentes a las características del acontecimiento percibido, a las particularidades del testigo, víctima e incluso del imputado, el sistema no puede controlar, puesto que escapan de su rango de acción. Son llamados también “factores circunstanciales”<sup>21</sup>

Estas afectan tanto la fase de codificación como la de almacenamiento de la memoria y podemos señalar como ejemplos la presencia de un arma en el delito, lo cual según estudios desvía la atención de la víctima o testigo de la cara del imputado, reduciendo la capacidad de retener, describir e identificar luego su rostro<sup>22</sup>, la luminosidad del ambiente, la presencia de más de un imputado, etc.

Son estas variables las que se profundizarán en los acápites siguientes, distinguiendo entre factores del suceso o del ambiente y factores del testigo y/o víctima:

#### **1.4.1. Factores del suceso o del ambiente**

Primeramente debemos señalar que asumiremos la misma perspectiva que se tiene desde la Psicología del Testimonio en cuanto la diferencia entre víctima y testigo, desde el punto de vista del funcionamiento de la memoria, no es relevante. Por lo mismo de aquí en adelante se usará el término testigo o víctima indistintamente e intercambiable, al igual que los términos autor y partícipe, aunque jurídicamente existan claras diferencias.

Ahora bien, cuando un testigo se ve implicado en un delito, hay toda una serie de factores que van a afectar su percepción del mismo modo como de quien lo comete, y estas son:

##### **a) Duración del suceso y tiempo de exposición de la cara del autor**

En principio, cuanto más tiempo dure la comisión del delito, mayores oportunidades tendrá el testigo de ver la cara del hechor. Decimos en principio, puesto que lo realmente importante no es el tiempo que dure la comisión del delito, sino el tiempo en que la cara del autor quede expuesta a la mirada del testigo.

---

<sup>21</sup> . Diges, M., García, M., Miranda, M., Nieva, J., Obach, J., Pérez, N., op. Cit., pág. 36.

<sup>22</sup> LAMPINEN, J., *The Psychology of Eyewitness Identification (Essays in Cognitive Psychology)*, New York: Taylor and Francis Group, 2012, pp. 49-113.

Un estudio interesante sobre el particular es el meta-análisis realizado por Shapiro y Penrod<sup>23</sup>, el cual demuestra que si bien es efectiva la relación entre tiempo de exposición de la cara y porcentaje de acierto al momento del reconocimiento, también existe un mayor porcentaje de falsas alarmas. Read explica esta situación con la llamada *hipótesis de la disponibilidad*<sup>24</sup>, la cual señala que el testigo al percibir la cara del autor en una larga exposición, tiene disponible información sobre los rasgos del autor, y esta situación le puede hacer creer que está mejor preparado para reconocerlo con éxito, lo que provoca un mayor número de elecciones, elevando con esto la probabilidad de error.

### **b) Condiciones de iluminación**

Otro factor directamente relacionado con las condiciones de percepción de la cara del autor, es la cantidad de luz a la que está expuesta la víctima al momento del acaecimiento del delito.

El estudio que de forma más sistemática abordó este tema, es el de Daniel Yarmey, en el cual se establecieron como variables 4 tipos de iluminación, la diurna, la nocturna, la de inicio del crepúsculo y la de fin del crepúsculo. Según este estudio, este factor influye en la primera etapa de la memoria humana, es decir, en la de almacenamiento, ya que es en el momento de la formación de la misma cuando la luz a la que está expuesto el hechor —o su cara, particularmente— afecta la calidad de imagen que verá la víctima; según el mismo estudio, las dos condiciones de mayor iluminación (diurna e inicio del crepúsculo) facilitaron el rechazo de los cebos en las ruedas de autor presente, lo que nos entrega información importante.

### **c) Número de agresores**

En este aspecto, es importante el estudio realizado por Clifford y Hollin<sup>25</sup>, según el cual a medida que aumenta el número de agresores, disminuye la exactitud del recuerdo del testigo, lo que se explicaría básicamente por la dificultad que involucra recordar con exactitud más de un rostro, en una situación que de por sí es problemática.

---

<sup>23</sup> Shapiro, P., Penrod, S., Meta-analysis of facial identification studies, en *Psychological Bulletin*, 100, 1986, pp. 233-258.

<sup>24</sup> Read, J., The availability heuristic in person identification: The sometimes misleading consequences of enhanced contextual information, en *Applied Cognitive Psychology*, 9, 1995, pp. 91-121.

<sup>25</sup> Clifford, B., Hollin, C., Effects of the type of incident and the number of perpetrators on eyewitness memory, en *Journal of Applied Psychology*, 66, 1981, pp. 364-370.

## 1.4.2. Factores del testigo y/o la víctima

Si bien los factores relacionados con el ambiente son relevantes a la hora de reconocer al autor del delito, los factores relacionados con condiciones propias del testigo son igualmente importantes, por lo que no deben dejarse de lado si se busca realizar un estudio acabado del tema, que concluya con una propuesta para abordarlo.

### a) **Violencia del suceso y estrés de la víctima**

En los estudios de laboratorio del particular, cuando se han empleado recreaciones de sucesos con un mayor grado de violencia, se ha comprobado una disminución de la exactitud de los testigos, tanto en el recuerdo almacenado como en el posterior reconocimiento<sup>26</sup>, aunque esto no siempre se ha obtenido de manera consistente<sup>27</sup>. A grandes rasgos se ha sostenido que las personas que manifiestan menos estrés o ansiedad son más exactas en la posterior identificación<sup>28</sup>.

Es necesario acá hacer una salvedad respecto al importante problema metodológico que caracteriza a este tipo de estudios, y es que el nivel de estrés al que pueden ser expuestos los sujetos de prueba está limitado por el código deontológico, lo que difiere con el enorme estrés al que está sometido un testigo o víctima de un delito, lo cual podría limitar la efectividad de este tipo de estudios. Entonces para poder estudiar el estrés mediante este tipo de estudios y a la vez ser respetuosos con la ética de la investigación psicológica en seres humanos, los investigadores han tenido que ser creativos a la hora de generar esos niveles de estrés admisibles.

### b) **Foco en el arma**

Directamente ligado con el punto anterior, se encuentra el *foco en el arma*, término que hace referencia a un fenómeno en el que la atención de los testigos, y en especial de las víctimas, se

---

<sup>26</sup> Clifford, Hollin, Op., cit., pág. 352-359.

<sup>27</sup>Sussman, E., Sugarman, R., The effect of certain distractions on identification by witnesses, en Zavala, Paley y Gallati (eds.), Personal appearance identification, Springfield, Illinois, Charles, T., 1972.

<sup>28</sup>Buckhout, R., Alper, a., Chern, S., Silverberg, G., y Slomovits, M., Determinants of eyewitness performance on a lineup, en Bulletin of the Psychonomic Society, 4, 1974, pp. 191-192.



centra en el arma manipulada por el autor, quedándose fuera del foco atencional el resto de los detalles, entre ellos rasgos faciales, apariencia del autor, etc.<sup>29</sup>

En los múltiples estudios que se han realizado sobre el particular, existe una clara evidencia que cuando existe un arma en la escena se produce una reducción de la exactitud de la identificación<sup>30</sup>.

### **c) La presencia de alcohol**

Tal como se puede presuponer, el alcohol puede estar presente en muchos delitos que se cometen a diario, por ese motivo y por el carácter de depresor del sistema nervioso central es que se hace necesario estudiarlo como una variable importante en estos casos.

Algunos trabajos han intentado mostrar el efecto de esta sustancia en el rendimiento de la memoria, pero siempre con una limitación importante, la cantidad de alcohol que se le puede administrar a los sujetos estudiados, la que está limitada por las imposiciones éticas de la investigación.

A pesar de esto, por medio de diversos estudios se ha podido demostrar que el alcohol no influye tanto en las ruedas o sets fotográficos de autor presente, donde los porcentajes de reconocimiento correcto se acercan mucho a los que se tienen cuando no hay presencia de alcohol, como lo hace en las de autor ausente, donde sí se dieron mayores porcentajes de casos de reconocimientos errados.<sup>31</sup>

### **1.4.3. Factores de Retención**

Desde la ocurrencia del delito, comienza a correr un contador de tiempo que será fundamental a la hora de evaluar la calidad de la memoria que posteriormente afectará la calidad del reconocimiento y que es necesario tener en cuenta a la hora de estudiar el tema.

---

<sup>29</sup>Loftus, E., *Eyewitness Testimony*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1979.

<sup>30</sup> Cutler, B., Penrod, S., Martens, T., The reliability of eyewitness identifications: The role of system and estimator variables, en *Law and Human Behavior*, 11, 1987a, pp. 233-258.

Loftus, G., Loftus, E., Messo, J., Some facts about "weapon focus", en *Law and Human Behavior*, 11, 1987pp. 55-62.

O'Rourke, T., Penrod, S., Cutler, B., Stuve, T., The external validity of eyewitness identification research: Generalizing across subject populations, en *Law and Human Behavior*, 13, 1989, pp. 385-395.

<sup>31</sup> Tales como: Yuille, J., Tollestrup, P., Some effects of alcohol on eyewitness memory, en *Journal of Applied Psychology*, 75, 1990, pp. 268-273. O también Dysart, J., Lindsay, C., MacDonald, T., Wicke, C., The intoxicated witness: Effects of alcohol on identification accuracy from showups, en *Journal of Applied Psychology*, 87, 2002, pp. 170-175.

Este lapso existente entre la comisión del ilícito y la práctica del reconocimiento es conocido como *intervalo de retención*. Este intervalo puede ser de un par de minutos, de días, semanas e incluso meses. Dependiendo de su duración, la memoria del testigo puede verse más o menos afectada<sup>32</sup>.

Estos factores son variados y haremos una breve explicación de los que nos parecen más relevantes.

#### **a) Intervalo de retención**

Para tratar este punto se hace necesario hacer una referencia a la llamada *curva de olvido* de Ebbinghaus<sup>33</sup>, la que demuestra que con distintos tipos de información, ya sean sílabas, palabras, rostros, etc. La relación entre paso de tiempo y olvido no es lineal sino logarítmica, de manera que al comienzo la pérdida de memoria es mucho más notoria, suavizándose con el transcurso del tiempo.

Científicos norteamericanos<sup>34</sup> llevaron a cabo un estudio en el cual se manipulaban 4 condiciones de demora. Las condiciones eran una semana, un mes, cuatro meses y once meses. El tipo de ruedas que utilizaron fueron las de autor presente.

En este estudio comprobaron que el número de participantes que identificaba correctamente disminuía con el paso del tiempo, aunque el declive durante los primeros tres meses fue pequeño (entre 20 y 30 por cien) en comparación con el declive observado a los onces meses (que era de un 75 por cien), sin embargo, la tasa de identificaciones erróneas se mantenía constante (entre un 15 y un 20 por cien) en las cuatro condiciones de tiempo.

Un problema no menor para encontrar un patrón consistente está radicado tanto en la variabilidad de las demoras aplicadas en los diferentes estudios como en la gran diversidad metodológica existente en ellos, además, es importante tener en cuenta que este factor interactúa con otras variables.

---

<sup>32</sup>Diges, M., García, M., Miranda, M., Nieva, J., Obach, J., Pérez, N., op. Cit., pág. 58.

<sup>33</sup>Ebbinghaus, H., *Über das Gedächtnis*, Leipzig, Duncker and Humboldt, 1885. Traducción al inglés: *Memory. Contribution to experimental psychology*, New York, Dover Publications, Inc., 1964.

<sup>34</sup>Egan, D., Pittner, M., Goldstein, G., *Eyewitness identification: Photograph vs. live models*, en *Law and Human Behavior*, 1, 1977, pp. 199-206.

Finalmente, ya sea porque baja la tasa de aciertos o aumenta la omisión y las falsas identificaciones, la demora nunca tendrá un efecto positivo sobre este tipo de diligencia<sup>35</sup>.

#### **b) El efecto de otras caras, familiaridad**

Como es sabido, el efecto del tiempo no solo influye en la pérdida de la memoria, sino que también da lugar a un efecto añadido llamado *interferencia*. La interferencia provoca cambios en la memoria de la cara<sup>36</sup>, y esta puede ser provocada por hablar del suceso o el agresor, por ver más caras a lo largo del tiempo, por “reconocer” sujetos parecidos lo largo de los días, etc.

La cara de un sujeto que no es el agresor podría hacerse familiar por repetir su observación, cuestión que podría llevar al observante a errar en su diligencia de identificación; de hecho, este es uno de los errores más comunes en el reconocimiento de caras familiares y no familiares<sup>37</sup>.

### **1.5. Especial variable que puede afectar el reconocimiento en set fotográfico.**

Cuando un testigo concurre a un centro policial, probablemente no sea capaz de entregar un informe detallado de los rasgos y características del sospechoso, por lo mismo, la policía facilitará esta operación por medio de álbumes fotográficos.

El problema que puede surgir es el llamado *efecto compromiso*. Este efecto ocurre cuando, luego de revisar los álbumes proporcionados por la policía, el testigo llega a una conclusión, sea esta positiva o negativa, en cuanto a la presencia del sospechoso en dichos álbumes. En base a esta conclusión el testigo se sentirá comprometido con ella, y es muy probable que en el posterior reconocimiento en sede judicial vuelva a sostenerla, ya sea indicando al sujeto erróneo pero que ya identificó con anterioridad, o ignorando al sujeto correcto, dado que anteriormente no lo reconoció en el set fotográfico<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> . Diges, M., García, M., Miranda, M., Nieva, J., Obach, J., Pérez, N., op. Cit., pág. 60.

<sup>36</sup> Loftus, E., Greene, E., *Warning: Even memory for faces may be contagious*, en *Law and Human Behavior*, 4, 1994, pp. 323-334.

<sup>37</sup> Young, A., Hay, D., Ellis, A., *The faces that laughed a thousand slips: Everyday difficulties and errors in recognizing people*, en *British Journal of Psychology*, 76, 1985, pp.495-523.

<sup>38</sup> Gorestein, G., Ellsworth, P., *Effect of choosing an incorrect photograph on a later identification by an eyewitness*, en *Journal of Applied Psychology*, 65, 1980, pp. 616-622.

## CAPÍTULO TERCERO

### *Regulación nacional y comparada.*

#### **1. Regulación nacional y comparada**

Creemos que dada la heterogeneidad de formas de realizar los procedimientos de reconocimiento y el enorme riesgo de error que implica esto, se debe normar mediante una ley, haciendo mención explícita a lo menos al lugar, los requisitos formales, los requisitos materiales, el órgano que lo realizará, el tiempo máximo que deberá durar, etc. Con el objeto de darle uniformidad al método escogido, y asegurando así estándares igualitarios para todos los reconocimientos que se realicen en el país, ya que así parece exigirlo el artículo 19 N°3 inciso 6° de nuestra Constitución Política de la República procedimiento investigación racional y justa.

#### **1.1. En el derecho foráneo<sup>39</sup>**

Dado que no existe uniformidad en los métodos de practicar el reconocimiento visual en los diferentes países del mundo, se hace necesario describir algunos de los más importantes.

##### **1.1.1. En España**

En este país, la ley que regula el procedimiento penal se llama “Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Esta ley divide el procedimiento en dos fases, una de investigación, llamada sumaria o de instrucción y otra de juicio oral.

Esta ley es la encargada de –en una de sus fases, la sumaria o de instrucción- regular la diligencia.

La precitada ley, en su artículo 369, donde se contempla el reconocimiento en rueda, señala que “la diligencia de reconocimiento se practicará poniendo a la vista del que hubiere de verificarlo la persona la persona que haya de ser reconocida, haciéndola comparecer en unión

---

<sup>39</sup> Morales, A., Welsch, G., El reconocimiento de imputados en Chile y a nivel comparado, Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 2011, pp 13-52.

con otras de circunstancias exteriores semejantes. A presencia de todas ellas, o desde un punto en que no pudiese ser visto, según al juez le pareciere más conveniente, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiese hecho referencia en sus declaraciones, designándola, en caso afirmativo, clara y determinadamente.

En la diligencia que se extienda se harán constar todas las circunstancias del acto, así como los nombres de todos los que hubiesen formado la rueda o grupo.”<sup>40</sup>

Del tenor de la norma se desprende que esta diligencia forma parte del proceso judicial, pero hay que tener presente, que es muy frecuente que la víctima o el testigo ya en la primera comparecencia frente a los funcionarios policiales haga una descripción del autor por sus características físicas, indumentaria, accesorios, etc.

Este reconocimiento ha de realizarse con la máxima aproximación temporal respecto del momento en que se produjo el delito, a fin de que quien haya de identificar al sujeto lo haga cuando aún conserva en su memoria, lo más fresco posible, el recuerdo de lo ocurrido y de su autor, razón por la cual se la ha calificado reiteradamente como prueba específicamente sumarial.<sup>41</sup>

En cuanto a las garantías, esta diligencia se debe practicar ante la autoridad judicial, con la asistencia del abogado defensor, y la rueda debe estar compuesta por personas de características físicas semejantes, documentándose las circunstancias y los nombres de quienes la formaron, y en el evento de que fueran varios los testigos, se identificará al imputado en forma separada.

La sentencia del Tribunal Supremo Español, RJ 3729/1999 da a entender que existen requisitos indispensables en la realización de esta diligencia, ya que señala: “El reconocimiento de identidad que el acusado realizó en el Juzgado de Instrucción de Melilla, aparece teñido de tales irregularidades que no puede ser tenido como actividad probatoria con capacidad para conformar el hecho probado de una sentencia judicial. En el mismo, ni figura la firma del Juez, ni se indica quienes son los identificados, tan sólo se refiere que se identifica a “los reseñados en primer lugar”, con imprecisión de quienes fueran, si uno, dos o tres, etc. Tampoco fue

---

<sup>40</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal, España. En: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>.

<sup>41</sup>Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 19

realizado en presencia de Letrado que asistiera a los detenidos por los hechos, ni si los presentados a reconocimiento eran de circunstancias similares”<sup>42</sup>.

Sobre su valor probatorio, se señala que esta tiene carácter de prueba testimonial.<sup>43</sup>

Hay que señalar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal también regula el reconocimiento en set fotográfico.

Normalmente la policía comienza sus investigaciones exhibiendo a dichos testigos álbumes fotográficos de sujetos que supuestamente han cometido un delito, y es aquí donde en primer término suele realizarse el reconocimiento del autor del hecho. Además, cabe también la identificación directa del sujeto que ha sido detenido sin solución de continuidad, con la proximidad temporal y espacial respecto de la comisión del delito.<sup>44</sup>

En cuanto a la forma en que debe practicarse este tipo de reconocimiento, este debe constar de la exhibición de álbumes con una pluralidad de fotografías y permitírseles que las examinen sin sugerir la posible identificación de ninguna de ellas.<sup>45</sup>

Según lo muestra la propia jurisprudencia, la cantidad mínima de fotografías que debe tener un set es de seis<sup>46</sup>.

Respecto a las garantías con las que debe contar el imputado, en la jurisprudencia española se ha señalado que no es necesario contar con la presencia de un abogado<sup>47</sup>.

Sobre su valor probatorio, al ser esta una diligencia policial, carece por si misma de valor probatorio, así es como el Tribunal Supremo Español ha sostenido que la exhibición de fotografías es un punto de partida válido para iniciar la investigación.<sup>48</sup> La sentencia del Tribunal Supremo Español N° 228/1995 señala que “a veces, porque no existen datos para identificar al delincuente [...] es imprescindible acudir a la exhibición de fotografías,

---

<sup>42</sup>Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 20.

<sup>43</sup> De Diego, L., Identificación fotográfica y en reconocimiento en rueda del inculcado, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, p. 171.

<sup>44</sup> De Diego, L., Identificación fotográfica y en reconocimiento en rueda del inculcado, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, p. 155.

<sup>45</sup> Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 15.

<sup>46</sup> STS RJ 2950/2002. Ob. Cit., pág. 54.

<sup>47</sup> STS RJ 1447/2002. Ob. Cit., pág. 55.

<sup>48</sup> Pérez, A., Cabanillas, F., Sánchez, J., Manual del Policía, Ed. La Ley, 2004, pág. 387.

procedimiento válido, desde luego, pero tan solo como medio policial de investigación que pueda servir para ulteriores diligencias que sean base de verdaderas pruebas posteriores.”

### 1.1.2. En Gran Bretaña

La Ley de Policía y Evidencia Criminal de 1984 (Police and Criminal Evidence Act 1984) regula las facultades que posee la policía al momento de realizar un control de identidad (stop and search), arrestar, detener, investigar, identificar e interrogar a los detenidos<sup>49</sup>. Esta ley se ve complementada por una serie de Códigos de práctica, entre los cuales encontramos el Código de Práctica “D”, el cual regula los principales métodos utilizados por la policía para identificar a las personas que tengan relación con la investigación de un delito y así también, el mantenimiento de una base de datos de criminales precisa y confiable<sup>50</sup>.

El reconocimiento en rueda es conocido en Reino Unido como el *Identity Parade*<sup>51</sup>.

Se define como una diligencia de identificación que realiza el testigo cuando observa al imputado en una línea con otros sujetos de similares características y esta se llevará a cabo sólo si la identidad del imputado es conocida y éste se encuentra disponible<sup>52</sup>.

Sobre su forma de realización: primero el testigo deberá hacer una descripción del sospechoso ante la policía, la cual constará en un informe o acta. Posteriormente, la realización de la diligencia será en una habitación normal o –si es que existe disponibilidad- en una sala Gesell<sup>53</sup>.

En cuanto a sus exigencias, la rueda deberá estar compuesta por no menos de 9 personas, y solo un imputado deberá estar incluido en ella, a menos que fueren dos imputados de apariencia similar, puesto que en ese supuesto la rueda será compuesta por a lo menos 14 personas.

---

<sup>49</sup> Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 29.

<sup>50</sup>Íbidem.

<sup>51</sup> Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 30.

<sup>52</sup> Ídem, pág. 31.

<sup>53</sup> Sala Gesell es aquella que cuenta con un espejo unidireccional; permite que el testigo observe a los sujetos sin que éstos vean al testigo.

Ahora bien, si un imputado tuviese un aspecto o rasgo que no pueda ser replicado, tales como tatuajes, cicatrices, etc., el funcionario encargado se asegurará de ocultar la ubicación de esta característica.

Como registro de la realización de la diligencia, la normativa inglesa contempla dos opciones: la primera, grabar en video la rueda de identificación, y en caso de no ser factible esta opción, se debe tomar una fotografía a color.

Una copia del video o de la fotografía será entregada al imputado o a su abogado en caso de que así lo solicite. Se debe dejar constancia de todas las personas que participaron en la diligencia, y en caso de haber utilizado reclusos como integrantes de la rueda, deberá anotarse en el acta<sup>54</sup>.

Por último, se levantará un acta donde se señale lo sucedido en la rueda de identificación. Ésta incluye cualquier declaración realizada por el testigo o el imputado acerca de la diligencia.

Sobre las garantías con las que cuenta el imputado, este tiene derecho a que conjuntamente o de manera separada de su abogado, le sea entregada una copia de la descripción hecha por el testigo y que consta en la investigación.

Cuando el imputado es llevado al lugar donde se va a realizar la diligencia, el oficial a cargo debe preguntarle si tiene alguna objeción respecto a la rueda o los integrantes de ésta y en caso de tener algún reparo, cuáles son los fundamentos de éste. Además, el sujeto tiene el derecho a ser aconsejado por su abogado o acompañante si estuviese presente antes de llevar adelante la identificación. Si el imputado tuviese alguna objeción razonable, se deben tomar las medidas necesarias para subsanar el problema y seguir adelante con la rueda. En caso de desestimarse las objeciones, se le debe comunicar al imputado los fundamentos por los cuales fue desechado su reclamo. De todo esto debe dejarse constancia en un acta<sup>55</sup>.

Sobre su valor probatorio, se ha sostenido que la identificación positiva de una persona no constituye por sí sola plena prueba para condenarla. Es así como en el juicio, el juez debe aplicar las directrices *Turnbull*, lo que implica que le corresponde al tribunal determinar si el

---

<sup>54</sup>Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 32.

<sup>55</sup>Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 33.



testigo ha tenido la oportunidad suficiente para observar al autor del delito al momento de su comisión<sup>56</sup>.

En Reino Unido, tal como en la mayoría de los países, se contempla también la posibilidad de practicar el reconocimiento por medio de la exhibición de fotografías, existiendo normativa sobre cómo debe llevarse a cabo el reconocimiento fotográfico. Cabe señalar que este reconocimiento comprende también la utilización de retratos hablados o imágenes computacionales realizadas de acuerdo a la descripción dada por el testigo<sup>57</sup>.

En cuanto a su forma de realización, este debe estar a cargo de un oficial, el cual debe confirmar que la primera descripción que realizó el testigo del imputado se encuentra grabada antes de exhibir las imágenes. En el evento que se deban exhibir las fotografías a más de un testigo, el reconocimiento se practicará por separado y los testigos no podrán comunicarse entre sí<sup>58</sup>.

El mismo código prescribe que la cantidad mínima de fotografías que deben exhibírsele al testigo son doce.

En el caso en que el testigo realice una identificación positiva –y a menos que esa persona esté descartada de ser acusada, o no se encuentre disponible- no se debe exhibir el set fotográfico a otros testigos presentes. Sin embargo –y esto es muy importante- a todos los testigos, incluido los que hayan realizado identificaciones positivas, se les solicitará que concurran a un reconocimiento mediante video, una rueda de reconocimiento o grupo de reconocimiento, a menos que no haya controversia sobre la identidad del imputado<sup>59</sup>. Lo mismo sucederá si se ha identificado al imputado mediante retratos hablados o imágenes computarizadas.

Sobre las garantías con las que goza el imputado, debe señalarse que la legislación británica no obliga a la presencia de un letrado. Sin embargo, cuando a un testigo se le hayan exhibido fotografías y luego asista a un reconocimiento en video, rueda de personas o grupo de

---

<sup>56</sup>Ibídem.

<sup>57</sup>Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 29.

<sup>58</sup>Ibídem.

<sup>59</sup>Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 30

reconocimiento, el imputado y su abogado deben ser informados de esta circunstancia antes que se lleve a cabo el reconocimiento por algunas de las vías ya mencionadas<sup>60</sup>.

En cuanto a su valor probatorio, esta diligencia no constituye prueba por sí misma, no tiene valor probatorio suficiente para condenar a un sujeto, y esto es porque con posterioridad a la realización de esta identificación, se solicita a los testigos participar en una rueda de reconocimiento, grupo de reconocimiento o reconocimiento por video.

Una cuestión novedosa, es que, además de los dos métodos de reconocimiento señalados anteriormente, se admite el reconocimiento por video que está definido como “aquella diligencia en la cual se le exhibe al testigo imágenes en movimiento del imputado, junto con imágenes de otros sujetos similares”<sup>61</sup>.

Este reconocimiento es realizado utilizando un sistema especial, llamado Sistema VIPER (Video Identification Parade by Electronic Recording). La utilidad que presta dicho sistema, es que posee una base de datos de más de 12.000 sujetos, los cuales sirven para superar la principal barrera que suponen los reconocimientos en rueda, la dificultad para encontrar la cantidad suficiente de sujetos con características similares al de la descripción hecha por el testigo. Además, no debemos pasar por alto el inmenso ahorro que ha significado para el Estado Inglés, el que lo ha cifrado en £7.000.000, toda vez que se evita desembolsar dinero en el pago de los distractores, sumado a la rapidez con la que se obtienen los resultados, la facilidad que implica poder realizarlo en cualquier establecimiento policial que cuente con recursos básicos, etc.<sup>62</sup>.

Los videos constan básicamente de 15 segundos de grabación, con el sujeto mostrando su rostro y perfiles, con el objeto que al testigo no le quepan dudas sobre sus rasgos.

En cuanto a las garantías con las que cuenta el imputado, es obtener el acta de la descripción previa hecha por el testigo, informar de su inconformidad sobre alguno de los distractores, la obligación que tiene el funcionario en cuanto a que ningún video resalte por sobre el resto por alguna característica particular, ya sea porque todos están a color menos uno, por la calidad de la imagen, etc. Una cuestión bastante novedosa sobre la protección a las

---

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 34.

<sup>62</sup> Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 36.

garantías del imputado es el hecho que en el supuesto en que la diligencia sea realizada en ausencia de su defensor, esta deberá constar en video.

Para elevar el estándar de calidad de la diligencia, en caso que el testigo reconozca positivamente a un sujeto, deberá revisar nuevamente los videos y ratificar lo expuesto anteriormente, además, deberá dar información sobre si ha visto con anterioridad alguna descripción o imagen del sujeto, lo cual deberá constar en el acta<sup>63</sup>.

## 1.2. En el derecho nacional

En el derecho nacional lamentablemente no existe norma legal ni reglamentaria alguna que haga referencia a criterios o estándares que deban seguirse al momento de practicar un reconocimiento visual, sea este en rueda o con set fotográfico, situación que arroja una disparidad de formas de realizarlas que atenta contra la fiabilidad de la diligencia.

Tanto es así, que tal como lo indica una investigación del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Concepción “No obstante el cuestionamiento a los procedimientos en un bajo número de los casos tratados, debe destacarse lo cuestionable del valor probatorio de numerosas de las indagatorias usadas, no hay registro de cómo se hicieron, dónde se hicieron, y en algunos casos incluso no se indica cuándo se hicieron”<sup>64</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de la inexistencia en la legislación nacional de menciones sobre el reconocimiento de imputados, es a partir del párrafo 3° del título I del Libro Segundo del Código Procesal Penal en el cual se señalan las actuaciones de la investigación, que se sostiene la idea del reconocimiento visual de imputados, ya que es el artículo 180 del Código Procesal Penal el cual señala que “dentro de las veinticuatro horas siguientes a que tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, el fiscal deberá proceder a la práctica de *todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieran para verificar su responsabilidad*”.<sup>65</sup> A su vez, el artículo 181 del Código Procesal Penal señala que “para

---

<sup>63</sup>Morales, Welsch, Ob. Cit., pág. 36.

<sup>64</sup> PROGRAMA DE ESTUDIOS, Reconocimiento Visual Errado en el Proceso Oral, cit. nota n° 12, p. 148.

los fines previstos en el artículo anterior, *la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo*<sup>66</sup>.

Como podemos apreciar de lo prescrito en dichos artículos, el fiscal tiene amplias facultades para realizar por sí mismo o encomendar a las policías todas las diligencias de investigación que considere conducente al esclarecimiento de los hechos, y es acá donde la doctrina y la jurisprudencia han encontrado la “autorización legal” necesaria para la realización del reconocimiento.

Lo que sí existe, es un protocolo que fue suscrito el año 2013 entre el Ministerio Público, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, que por su importancia, se tratará en el acápite siguiente.

### **1.2.1. Protocolo de reconocimiento suscrito entre Ministerio Público y Policías**

Este protocolo tiene como objetivos –según él mismo señala- fijar estándares comunes y mejorar la calidad con la que se desarrolla la diligencia, aportando con ella a la legitimidad y rigurosidad del sistema de justicia criminal, particularmente en la fase indagatoria<sup>67</sup>.

Este documento se encuentra dividido en tres partes, la primera de ellas encargada de tratar diversos temas relacionados con las actuaciones previas a la práctica de la diligencia de reconocimiento, la segunda avocada a tratar las reglas para la práctica de la diligencia propiamente tal, y la última, que nos muestra un acta en la cual se detallan todos los aspectos de la diligencia de los que deba quedar registro escrito.

En su primera parte, este protocolo señala como un requisito para la práctica de la diligencia, la instrucción del Fiscal, ya que esta no se encuentra dentro de las facultades autónomas de las policías.

Posteriormente, se consagra a favor del testigo el derecho a que se adopten medidas encaminadas a su protección, en el supuesto que pueda sentirse intimidado por el agresor o familiares de este, si es que se encuentran en el recinto, tales como la caracterización, el ingreso por accesos preferentes, etc.

---

<sup>66</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>67</sup> Protocolo Interinstitucional de reconocimiento de imputados, Unidad especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, pág. 9.

En el protocolo también se establece el requisito de la descripción previa que debe dar el testigo del agresor, con el objeto de otorgarle mayor certeza a la diligencia. También la califica como una diligencia de carácter individual, siguiendo así estándares aceptados por la doctrina y la jurisprudencia comparada.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el mismo Protocolo señala que -tal como lo sostiene la jurisprudencia y doctrina nacional- esta será una diligencia de investigación y no un medio de prueba propiamente tal, no obstante de que existe la posibilidad que sea incorporado al proceso como prueba testimonial o prueba pericial.

El precitado Protocolo contempla el reconocimiento según dos modalidades: en set fotográfico y en rueda.

En cuanto al reconocimiento en set fotográfico:

Al funcionario encargado le estará vedado hacer cualquier tipo de referencias sobre el o los imputados o sospechosos, deberá mantener silencio durante la realización de la diligencia y cuidar incluso su lenguaje no verbal. Durante el desarrollo de la misma no habrá interrupción alguna, debiendo exhibirse la totalidad de las fotografías.

Una vez terminada esta, habrá que dejarse registro en acta de la misma, debiendo constar en ella las firmas del testigo y el funcionario policial encargado.

En cuanto a la conformación del universo de fotografías, este deberá estar constituido por dos sets de diez fotografías del mismo tamaño y calidad cada uno, intentando que los sospechosos sean lo más parecidos posibles. La dualidad de sets se explica porque uno debe ser de autor presente y otro de autor ausente<sup>68</sup>, para elevar el estándar de calidad.

Establece además la necesaria atención al estado físico y psicológico del testigo por parte del funcionario policía, haciéndose cargo así de las variables propias del sistema que pudieren afectar la diligencia.

---

<sup>68</sup> Ruedas de autor ausente son aquellas en que ninguno de los partícipes es el sujeto seleccionado por el funcionario encargado como el más parecido a la descripción hecha por el testigo y se realizan con el objeto de comprobar la veracidad y calidad de la declaración hecha por el mismo.

Para la realización, el sospechoso será puesto entre otras personas y exhibido a la víctima y/o testigo, a fin de identificarlo o no, como participe en los hechos que se investigan<sup>69</sup>.

La rueda estará compuesta por a lo menos seis personas<sup>70</sup>, incluyendo al sospechoso, teniendo en especial consideración las similitudes en las características físicas y antropométricas, tales como sexo, edad, color de pelo, tez, etc.

Con el objeto de evitar obtener resultados en base a la comparación, se recomienda realizar la diligencia de forma secuencial, esto es, un individuo a la vez.

Sobre la asistencia del letrado a la realización de la diligencia, teniendo en cuenta lo que prescribe el artículo 184 del Código Procesal Penal no habría inconveniente de esta, pero a la vez, la inasistencia de este no invalidará la misma. En los casos de que los imputados sean adolescentes, se instará para que asista su abogado, y en caso de que esto no suceda se dejará constancia de ello. Por último en el caso de la negativa del adolescente a participar se deberá pedir autorización de acuerdo al artículo 9 del Código Procesal Penal<sup>71</sup>.

En cuanto a los lugares de realización, esta puede ser hecha tanto en unidades policiales y/o del Ministerio Público, incluso en dependencias de Gendarmería.

Ahora que hemos hecho un breve resumen sobre los puntos más importantes del citado Protocolo, pasaremos a analizarlo críticamente, ya que no debemos olvidar que nuestro fin último es intentar elevar los estándares para la realización de la diligencia.

Primeramente es necesario destacar inmediatamente la definición que da el documento sobre la naturaleza jurídica del reconocimiento, dejando en claro que resulta ser una diligencia investigativa y no una prueba propiamente tal.

Se valoran también las menciones hacia una cuestión difícil de normar –y que por lo mismo muchas veces se pasa por alto- pero de suma importancia durante la práctica de este tipo de diligencias, a saber la actitud lo más neutral posible que debe tener el funcionario encargado con el objeto de no “ensuciar” la memoria del testigo.

---

<sup>69</sup>Idem, pág. 26.

<sup>70</sup> Ibídem.

<sup>71</sup>Idem, pág. 16.

Importante es a la vez el acta de reconocimiento confeccionada por medio de este protocolo, la cual está encaminada a entregar información lo más detallada posible sobre la diligencia misma para evitar posibles dudas sobre el particular, ya que a pesar de que el artículo 227 CPP prescribe el registro de las actuaciones realizadas por el Ministerio Público, este documento viene a aterrizar dicho mandato -además de ampliarlo para las policías- en cuanto señala exhaustivamente los campos de datos que deben ser consignados por el funcionario encargado, luego de la realización del reconocimiento.

Posteriormente, y teniendo en cuenta tanto aportes de la psicología del testimonio como de la experiencia comparada, sería de bastante utilidad elevar la cantidad de sujetos participantes en las ruedas de reconocimiento, con el objeto de asegurar un estándar de calidad suficiente para que la diligencia preste utilidad real al momento de una investigación y posterior juicio.

También será necesario señalar que lamentamos el hecho que no haya referencia alguna al reconocimiento por video, lo que en base a la experiencia británica ha demostrado que funcionando con un sistema centralizado de información de sujetos tal como funciona en dicho lugar, es sin lugar a dudas el tipo de reconocimiento que mayor facilidad y economía supone para su realización, y, a pesar que implementarlo conlleva gastos no menores, los beneficios que entrega superan con creces dicho desembolso por parte del Estado.

Por último, y a pesar que parezca reiterativo, volvemos a mencionar la necesidad de elevar la jerarquía normativa en el tratamiento de estas materias y decidirse a normarlo por medio de una ley.

### **1.2.2. El paso de la diligencia hacia la prueba; normas de exclusión de prueba**

Como ya hemos señalado, si bien es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran al reconocimiento visual de imputados como una mera diligencias investigativa y no como una prueba, en un hipotético juicio oral, esta puede incorporarse al él a través de los medios de prueba, como una prueba testimonial o pericial.

Teniendo esta idea como base, debemos tener a la vista el artículo 276 CPP el cual señala que durante la audiencia de preparación del juicio oral, existirá la llamada *exclusión de pruebas para el juicio oral*, en la cual “El juez de garantía luego de examinar las pruebas ofrecidas,

[...] ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios. [...] Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.<sup>72</sup>

Lo que necesitamos saber entonces, será si por medio de estos criterios, prueba manifiestamente impertinente o aquellas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, por ejemplo, el juez de garantía puede excluir pruebas para evitar, ya sea una sobrevaloración de la prueba proveniente de la diligencia de reconocimiento visual o un prejuicio sobre la misma, basados ambos generalmente en el desconocimiento sobre lo permeable a errores que resulta esta diligencia previo a convertirse en medio probatorio, como lo hemos señalado anteriormente.

Ante esto la respuesta no es clara ni uniforme, ya que si bien una parte de la doctrina señala que no existen motivos fundados para excluir pruebas por razones epistemológicas, como serían los casos de pruebas que tienen escaso valor gnoseológico, como ocurriría, por ejemplo, con los testimonios de oídas, con los testimonios de testigos inhábiles<sup>73</sup>, o según hemos sostenido, a lo menos según los estándares bajo los cuales se desarrolla ahora la diligencia, con el reconocimiento visual del imputado, si hay una parte de ella que lo considera necesario<sup>74</sup>, como medio de corrección epistemológica de las pruebas, posición que asumimos sobre el particular, ya que al ser un criterio que está basado exclusivamente en atención a la averiguación de la verdad, es decir, al ser de aquellas reglas de exclusión que coadyuvan a la averiguación de la verdad<sup>75</sup>, puede resultar fundamental a la hora de dictar una sentencia condenatoria errónea, y es por este especial factor por el cual el juez de garantía debe tener la posibilidad de excluir dichas pruebas.

---

<sup>72</sup> Artículo 276 del Código Procesal Penal.

<sup>73</sup> Accatino, D. *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, 2010, Legal Publishing, pág. 37.

<sup>74</sup> Coloma, R., *Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno*, La prueba en el nuevo proceso penal oral, Santiago, 2003, Lexis Nexis, pp. 16 y ss.

<sup>75</sup> *Idem*, pág. 38.



### **1.2.3. La sentencia condenatoria con presencia de errónea identificación visual de imputados como presupuesto del recurso.**

Desarrolladas las características, estándares, requisitos y demás materias que componen el reconocimiento visual del imputado como prueba en el proceso penal, tenemos que ubicarnos en la situación en que practicada la diligencia bajo los estándares más estrictos de fidelidad, de todas maneras se llega a una sentencia condenatoria por un error en el reconocimiento visual, esto es, quemadas todas las etapas del juicio, se condena igualmente a quien no resulta ser el verdadero hechor, ya sea por sobrevaloración o prejuicio.

Ya en este escenario, la solución a este gran problema que afecta a la prueba de reconocimiento visual, esto es, el gran margen de error que surge de esta por falta de una regulación específica, vinculante y acabada, es que nos situamos frente al recurso como antídoto a esta gran enfermedad que sufre el procedimiento penal.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### ***El recurso en el proceso penal chileno.***

#### **1. Aspectos generales del recurso en el proceso penal.**

##### **1.1. Derecho al recurso y su contenido complejo**

En el constitucionalismo chileno hubo prácticamente desde la gestación normativa de la Constitución en adelante una opinión más o menos pacífica en orden a considerar el derecho al recurso un elemento integrador del debido proceso, que en definitiva fue recogido en el artículo 19.3 inc. 6° de la misma. Ha habido también alguna opinión que incardina el

derecho al recurso como elemento integrante del derecho a la tutela judicial del artículo 19.3 inciso 1°.76

Con la reforma constitucional en 1989 se introduce el artículo 5° inciso 2°, con el cual se sanciona explícitamente el carácter supra legal de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes.

Así las cosas, la idea del recurso como un derecho del imputado tiene su fuente en el texto de los tratados internacionales sobre derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos ratificados por Chile y actualmente vigentes, por tanto se entienden incorporados al derecho interno por disposición de la Constitución Política de la República.

En su artículo 8.2 e) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que dentro de todas las garantías mínimas que tienen un individuo, en plena igualdad y durante un proceso penal, está el *derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior*, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.5 establece que *toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley*.

MAIER ha dicho que “ellas están llamadas a modificar la base político criminal del concepto de recurso en nuestro derecho procesal penal” estableciendo que *el recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia se revisada por un tribunal superior, y, al mismo tiempo, perder por completo su carácter de medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre sus inferiores, y que el recurso ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento, que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público, para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado penalmente*.77

Del soporte constitucional y el desarrollo interpretativo de los artículos 14.5 PIDCP y 8.2 CADH, se observa que existe base para considerar que el contenido del derecho al recurso

---

<sup>76</sup> Del Río Ferretti C., *El Derecho al Recurso y Recurso de Nulidad Penal*, Thomson Reuters, Santiago, Primera edición, 2014, pp. 17-18.

<sup>77</sup>Maier J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, pp. 708-709.

es complejo en el sentido que integran en él varios contenidos específicos o aspectos, que sumados permiten su completa configuración normativa.

Un primer pronunciamiento interpretativo aparece en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que en el Dictamen de 20 de junio de 2000 (caso Gómez Vásquez c. España, 701/1996), afirma que el derecho al recurso del art. 14.5 PIDCP se satisface con una revisión integral del fallo recurrido, de modo que el recurso previsto en la legislación interna –con independencia de la denominación que adopte- debe entonces permitir un entero o integral examen de la sentencia de fondo, con lo cual, de manera implícita se comienza a sostener lo que denominamos un contenido complejo del derecho al recurso, pues de algún modo puede mantenerse que éste se descompone en aspectos distintos, puesto que de allí se colige que ya no es contra la sentencia de fondo, sino que se exige o añade la exigencia de un específico tipo de examen: la revisión integral o completa de lo resuelto. Lo anterior aparece refrendado posteriormente en la jurisprudencia del mismo Comité de Derechos Humanos de la ONU en el Dictamen de 30 de julio de 2003 (en caso Joseph Semey c. España), en Dictamen de 7 de agosto de 2003 (en caso Sincero Fernández c. España, 1007/2011), en Dictamen de 1 de noviembre de 2004 (en caso Alba Cabriada c. España), y en Dictamen de 29 de marzo de 2005 (en caso Martínez Fernández c. España).<sup>78</sup>

## **1.2. Naturaleza del examen recursivo**

El Proyecto del Código Procesal Penal, actualmente en vigor, propuso la eliminación de la segunda instancia con la supresión de la apelación y el establecimiento de un recurso de naturaleza esencialmente casacional, lo que generó que la discusión se centrara en si aquello satisfacía el derecho al recurso como contenido del debido proceso, y complementado por los artículos 14.5 PIDCP y 8.2 CADH, todo esto en relación con la sentencia definitiva condenatoria dictada por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

Respecto a esta discusión, *la opinión dominante sostenía que el derecho al recurso no exigía un recurso precisamente de apelación o equivalente; los tratados internacionales no demandaban esto, sino la existencia de un medio de impugnación contra la sentencia y, específicamente, contra la condenatoria.*<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup>Del Río Ferretti, op. cit., pp. 22-23.

<sup>79</sup> Del Río Ferretti, op. cit., pág. 43.

Sin embargo, la requerida revisión íntegra que se desprende de la interpretación de los artículos 14.5 PIDCP y 8.2 CADH, apunta a la naturaleza del examen para entender satisfecho el derecho al recurso, esto es *aun cuando sea cierto que los tratados internacionales no se refieran –ni puedan hacerlo– a la apelación o al doble grado de jurisdicción, sí exigen la revisión ante un tribunal superior, lo cual ha dado pie para que se vaya consolidando una interpretación de que ello exige una revisión integral, y no meramente formal o acotada a determinados aspectos jurídicos.*<sup>80</sup>

Sobre esta revisión integral planteada, existen diversas líneas interpretativas, la primera de ellas busca dejar de lado la cuestión de la intensidad o calidad de la revisión de la decisión de mérito, ya que entiende que a través de la vía de control horizontal, principalmente porque la decisión es tomada por un órgano jurisdiccional colegiado, compensaría esta falencia en la profundidad de la revisión; la segunda de ellas viene a discutir el alcance mismo de la revisión íntegra, y determina que este no se compensa o satisface con la apelación o doble grado, sino que con el denominado *doble conforme*, “cual especie de control recursivo más o menos indeterminado, que en todo caso sería algo menos que la apelación, pero algo más que la casación”<sup>81</sup>

La doble conformidad se identifica con el derecho a lograr un nuevo juicio cuando mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable y, por ende, no se sostiene frente al recurso, por tanto la doble conformidad supone, entonces, que la condena deba ser capaz de subsistir el reexamen en un nuevo juicio, si se cumplen los requisitos que habilitan la revisión.<sup>82</sup>

Por tanto, podemos entender la doble conformidad como un control sobre la fijación de los hechos, verificando la corrección de ésta según la prueba practicada, para lo cual se requiere no sólo el examen de la motivación como pura justificación, sino además del contraste de la declaración del mérito fáctico con la misma práctica de la prueba, o como una casación penal en que solo se entiende como un control de la motivación del juicio fáctico.

---

<sup>80</sup> Ídem, pág 46.

<sup>81</sup> Ídem, pág 47.

<sup>82</sup>Horvitz, M., López, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II, pág. 350.

Finalmente debemos ubicarnos y contextualizarnos en el caso concreto de estar en presencia o frente a una condena por error en reconocimiento visual de imputados o irregularidades en la realización de dicha prueba por lo que se vuelve absolutamente necesario, para dar solución a este error, una revisión integral de dicha sentencia, es decir, se torna indispensable incluir los hechos.

## ***2. El recurso de nulidad en el proceso penal y el problema de la revisión integral del fallo de condena por erróneo reconocimiento de imputados.***

### **2.1. Recurso de Nulidad como vía de impugnación contra sentencia condenatoria: Concepto**

El Mensaje del Código Procesal Penal establece que el recurso de nulidad *constituye el medio de impugnación de aplicación general en contra de las sentencias definitivas*, buscando así cumplir con la exigencia de la existencia de un recurso ante un tribunal superior que se contiene en el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 25 sobre protección judicial.<sup>83</sup>

Para establecer un concepto del recurso de nulidad, es necesario reunir todos aquellos elementos que el Código Procesal Penal nos entrega, así el profesor Julián López lo define como *un recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario, simplificado o de acción penal privada, ante el tribunal que la dictó, con el objeto de que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales*

---

#### <sup>83</sup>**Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

*ratificados por Chile que se encuentran vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere influido en lo dispositivo del fallo.*<sup>84</sup>

De la definición entregada por el profesor López se pueden desprender las características de este recurso, tales como que se trata de un recurso extraordinario, ya que para que proceda se requiere únicamente que concurran las causales establecidas por la ley, este se entabla ante el mismo tribunal que dictó la resolución, o tribunal *a quo*, para que este sea elevado al tribunal jerárquicamente superior que corresponda, tribunal *ad quem*, para que este último conozca y falle y al verificarse alguna de las causales establecidas por la ley, estas permiten que se invalide el juicio oral y la sentencia, o en su caso sólo la sentencia.

Por su parte el artículo 372 del Código Procesal Penal, establece que *el recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley.*

## **2.2. Causales que motivan el recurso**

Para aproximarnos a la causal que efectivamente permite -ya sea de manera directa o indirecta- una revisión de los hechos, y con esto servirnos de ella para que se convierta en una solución efectiva para casos de condena por error en reconocimiento visual o irregularidad en su realización, es necesario hacer una revisión general de las causales que permiten invocar el recurso de nulidad.

### **2.2.1. Causales genéricas**

Las causales de nulidad del Código Procesal Penal Chileno, fueron concebidas por el legislador teniendo en mente la intención de establecer un recurso amplio que facilite la revisión por parte del tribunal superior, puesto que si se *hubiera estructurado sobre la base de causales demasiado específicas se habría vulnerado la garantía del derecho a revisión del fallo condenatorio reconocido por el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica.*<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup>Horvitz, M., López, J., op. cit., pág 402.

<sup>85</sup>Pfeffer, E., *Código Procesal Penal. Anotado y Concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 369-370.

De lo mencionado se deriva el hecho de que existan dos causales genéricas de nulidad, las cuales se consagran en el artículo 373 del CPP, que establece:

*Causales del recurso:* Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

- a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y
- b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

#### **2.2.1.1. Infracción sustancial de derechos o garantías**

Lo que protege el recurso de nulidad conforma a lo expresado por el artículo 373 letra a) son todos los “derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes”, lo que excede con mucho el marco del derecho al debido proceso, a menos, claro, que se entienda que todos los derechos y garantías de la Constitución y los tratados pueden ser incluidos dentro de dicho concepto de debido proceso.<sup>86</sup>

Lo importante es que debe tenerse presente que la protección de las garantías constitucionales durante el desarrollo del procedimiento penal no sólo comprende los derechos del imputado, sino también de “terceros”, y que las garantías comprometidas por la investigación no son sólo de orden judicial, sino que incluyen libertades individuales de alcance más amplio.<sup>87</sup>

La infracción de derechos o garantías debe haber sido sustancial, esto quiere decir que no toda infracción determina automáticamente la nulidad del juicio oral y la sentencia.

El carácter *sustancial* de la infracción supone, que la infracción sea de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad. En este punto, la idea de infracción sustancial podría ser

---

<sup>86</sup>Horvitz, M., López, J., op. cit., pp. 412-413.

<sup>87</sup>Ibidem.

perfectamente asociada a la teoría del entorno jurídico desarrollada por la jurisprudencia alemana en relación con la prueba ilícita, que exige que la infracción constitucional alegada afecte en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente y no sea de una importancia secundaria o no tenga importancia alguna para él. Luego esta exigencia debe ser interpretada precisamente en el sentido de *influencia en lo dispositivo del fallo* o si se prefiere, como una “desventaja de la parte respecto a sus posibilidades de obtener una decisión jurisdiccional favorable, por tanto supone también que ella influya en lo dispositivo del fallo.”<sup>88</sup>

De manera bastante indirecta esta causal podría resultar bastante útil, justamente por su generalidad al referirse a *derechos o garantías* que se encuentren asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, ya que amplía considerablemente las causales específicas y concretas posibles que pueden verse amparadas por el recurso de nulidad.

#### **2.2.1.2. Errónea aplicación del derecho**

Esta causal se configura cuando se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en el pronunciamiento de la sentencia.

Conforme a la discusión legislativa en el Senado, el objetivo al que apunta sería el “respecto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato), pero ampliando en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico”.<sup>89</sup>

#### **2.2.2. Causales Absolutas**

El artículo 374 del Código Procesal Penal establece los denominados motivos absolutos de nulidad, que fueron establecidos con la intención de crear formas *objetivas* de la causal genérica del artículo 373 a) del mismo cuerpo normativo.

---

<sup>88</sup>Ídem, pp. 415-416.

<sup>89</sup>Pfeffer, E., op. cit., pág. 369.



Se trata, conforme quedo constancia en las actas legislativas, de “casos en que el propio legislador determina que, por la gravedad de los hechos en que se sustentan, ha existido infracción sustancial de las garantías.”<sup>90</sup>

Esto significa que en las hipótesis del artículo 374 CPP nos encontramos ante causales objetivas de nulidad procesal en que no cabe entrar a discutir si la infracción es sustancial o no, esto es, si afecta o no la garantía en sus aspectos esenciales y si influye o no en lo dispositivo del fallo, así lo determina el propio artículo al establecer que “*el juicio y la sentencia serán siempre anulados*”.

Las causales absolutas de nulidad:

**a)** *Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio.*

Este motivo absoluto de nulidad está vinculado con el derecho al juez imparcial y natural, el derecho al juicio previo y el derecho al juicio oral. Para que funcione esta hipótesis, basta con la concurrencia de un solo juez legalmente implicado o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente, por tanto la participación de un juez implicado o recusado en la deliberación *contamina así toda la sentencia, aun cuando el pronunciamiento hubiere sido unánime.*<sup>91</sup>

**b)** *Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en la ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286.*

Las garantías comprometidas por este motivo absoluto de nulidad son, entre otras, el derecho al juicio previo y el derecho de defensa, sin excluir, por cierto, el derecho al juicio oral en cuanto garante de la inmediación.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Ídem, pág. 417.

<sup>91</sup> Horvitz, M., López, J., op. cit., pág. 417.

<sup>92</sup> Ídem, pág. 418.

Las personas a las que se refiere este artículo son los jueces que integran el tribunal de juicio oral en lo penal, el fiscal y el defensor.

Respecto a los jueces, la ausencia de un solo juez no es causal suficiente de nulidad, ya que ella puede ser suplida a través de su reemplazo por uno de los denominados “jueces alternos”, luego sobre la exigencia de la presencia continua del fiscal, se entiende sin perjuicio de la hipótesis de forzamiento de la acusación conforme a lo dispuesto por el artículo 258 del CPP, en que se ha autorizado al querellante para formular y sostener la acusación en lugar del ministerio público, y finalmente lo que refiere al defensor, la exigencia de presencia ininterrumpida durante todo el juicio oral adquiere un carácter absoluto, porque no admite excepciones, así el artículo 286 del CPP precisa que se trata de un requisito de validez de la audiencia anticipando su consagración como motivo absoluto de nulidad.

*c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley otorga.*

En esta causal la garantía comprometida es el derecho a defensa, en que el entorpecimiento del ejercicio de las facultades que la ley le otorga puede provocar la nulidad del juicio oral y su sentencia, así el artículo 104 establece que *el defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley le reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal*, este artículo es acertado en el sentido de que este interviniente es quien se encarga de la defensa del imputado.

*d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio.*

Lo relevante es que las garantías comprometidas en este caso son el derecho al juicio oral y público.

*e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e).*

El artículo 342 del Código Procesal Penal establece los requisitos que debe contener la sentencia definitiva, en su redacción es bastante tajante, ya que expresa “*La sentencia definitiva contendrá...*”, a pesar de esto, la ley no sanciona con nulidad sentencias en que falte cualquiera de los requisitos establecidos en este artículo, sino que solo aquellas que no contengan los

requisitos de las letras c) “*La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297*”, d) “*Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo*”, y e) “*La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar*”.

El alcance que el legislador pretendió darle como medio de control para el respeto a las normas relativas a la apreciación de la prueba, cuya infracción, estaba originalmente considerada como causal del denominado “recurso extraordinario”, el cual había sido propuesto por la Cámara de Diputados y tenía por objeto permitir la impugnación de “la sentencia definitiva *condenatoria* del juicio oral que *se aparte manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida en la audiencia*”. Aunque esta iniciativa no prosperó en el Senado, se dejó constancia que el motivo absoluto de nulidad contemplado en la letra e) del artículo 374 “consiste en que la sentencia hubiera omitido alguno de los contenidos que necesariamente deben figurar en ella, entre los cuales se cuenta la valoración de los medios de prueba que fundamentaren las conclusiones acerca de los hechos y circunstancias que se dieron por probadas”<sup>93</sup>

Resulta evidente, entonces, que el sistema procesal chileno, no obstante reservar los problemas de apreciación de la prueba al tribunal de única instancia, faculta al tribunal superior que conoce del recurso de nulidad para revisar que la libre apreciación de la prueba no entre en contradicción con los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.<sup>94</sup>

El artículo 297 CPP por su parte, señala en su inciso 1° que *los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*”, por tanto lo que el tribunal de alzada hará —cuando observe la violación en la sentencia definitiva, de los límites impuestos a la valoración de la prueba- es declararla nula por falta de una debida fundamentación de la sentencia.

---

<sup>93</sup>Pfeffer, E., op. cit., pág. 367.

<sup>94</sup>Horvitz, M., López, J., op. cit., pág. 421.

Este control es necesario para evitar, en casos extremos, la arbitrariedad del tribunal de única instancia en la formación de su convicción, de esta misma manera es como los tribunales superiores pueden utilizar una interpretación amplia que conllevaría a un mecanismo para entrar en una revisión de los hechos.

Por tanto esta causal viene a ser relevante para el caso en concreto de condena por error en reconocimiento visual o irregularidades en su realización, puesto que justamente deja una ventana abierta para atacar los hechos, en el sentido de que se aproxima a la posibilidad de revertir la situación en que el tribunal determina los hechos a través de su convicción y conocimiento directo de las pruebas, por la letra c) del artículo 342, en que precisamente exige la exposición clara, lógica y completa de la valoración de los medios de prueba que fundamenten las conclusiones a las que el tribunal llega, es decir, en caso contrario estaríamos ante dicha causal, y al encontrarse el error en el establecimiento de los hechos por el no cumplimiento de aquel artículo, nos deja la posibilidad de justamente impugnar lo establecido a través de los medios de prueba. Si bien la jurisprudencia no ha sido conteste en determinar que efectivamente a través de un recurso de nulidad se puede tener nuevamente acceso a los hechos, tampoco se descarta esta posibilidad, por tanto estaríamos frente a una primera aproximación para lograr, no solo acercarnos, sino que modificar lo ya establecido por el juzgador, considerando que la manera de solucionar las dificultades que se encuentren en los hechos por errores en la prueba, es justamente volver a ellos, siendo útil por tanto esta causal para dar solución a los casos de condena por error en reconocimiento visual o irregularidades en su realización.

*f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341.*

En este caso el derecho comprometido es el derecho de defensa, más concretamente el principio de correlación entre imputación y fallo, en cuanto éste garantiza que nadie puede ser condenado por un hecho distinto del que ha sido materia de la acusación; la falta de correlación constituye motivo absoluto de nulidad sólo cuando se produce entre acusación y sentencia, mas no así cuando se produce entre formalización y acusación, pese a que la ley chilena también exige correlación entre ellas.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup>Horvitz, M., López, J., op. cit., pág. 426.

*g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.*

Aquí la garantía vinculada es la de la inadmisibilidad de la persecución penal múltiple o principio de *non bis in ídem*.

Se trata de una causal de nulidad que opera sólo cuando la sentencia anterior es absolutoria, ya que, por principio, las sentencias condenatorias en materia penal no producen jamás el efecto de cosa juzgada, toda vez que siempre es posible su impugnación por la vía del recurso de revisión.<sup>96</sup>

### **2.3. Controles que inciden en el juicio fáctico**

Para establecer una idea más precisa de qué cosas pueden ser conocidas y examinadas con el recurso, o en fase de este, por las Cortes y que tipos de controles recursivos se abren y cómo se distinguen, como solución a estas interrogantes, Del Río establece que se pueden verificar cuatro tipos de controles de distinta especie que inciden directa o indirectamente sobre el juicio fáctico, y los establece como cuatro condiciones de legitimidad del juicio fáctico contenido en la decisión de fondo y que sí pueden ser examinadas por las Cortes competentes.<sup>97</sup>

Para desarrollar los controles que a continuación se explican, es necesario dejar en claro que DEL RÍO realiza este análisis basándose en el hecho de que el recurso de nulidad es un recurso de legitimidad, al ser extraordinario.

Controles que inciden en el juicio fáctico en orden de gradualidad:

**a)** Primer grado de control: Prueba de cargo como condición de legitimidad previa al enjuiciamiento fáctico en sí mismo

Es aquella que se realiza sobre la condición de legitimidad previa al enjuiciamiento fáctico, así en palabras de VEGAS, este control es un control que deriva de la eficacia normativa de la

---

<sup>96</sup>Couture, E., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 3ra ed., 1987, pág. 407, citando a Florian, *Principi di diritto processuale penale*, pág. 450.

<sup>97</sup> Del Río Ferreti, C., op. cit., pp. 73-74.

presunción de inocencia<sup>98</sup>, de la cual se desprendería justamente la exigencia de la prueba de cargo.<sup>99</sup>

DEL RÍO establece que vincular a este control la presunción de inocencia esto, podría ser útil para nuestro sistema, puesto que nos permitiría abordar situaciones en donde la prueba de cargo válida y objetivamente incriminatoria no existiría o sería dudosa, sobre todo porque alude exactamente a la infracción de derechos y garantías que se puedan verificar en la sentencia con expresa mención de que tales derechos y garantías pueden ser aquellos que se reconocen en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, especialmente por los artículos 8.2 CADH y 14.2 PIDCP, los cuales hacen referencia a la presunción de inocencia como regla probatoria de juicio.<sup>100</sup>

Este control hace alusión no a un problema de infracción de la correcta valoración de la prueba, sino más bien se trata de una lesión a algo anterior a un principio previo, el cual es la presunción de inocencia, es decir, se fija en algo anterior a una incorrecta aplicación de una máxima de experiencia, de un regla lógica o de un conocimiento científico, o en otros términos, no se ha escogido una premisa errada o falsa para hacer una inferencia probatoria, sino que lo que se ve comprometido es la presunción de inocencia como regla jurídica que exige como mínimo *que una eventual condena se base ante todo en una actividad probatoria de cargo*, es decir, que se sostenga en elementos de cargo, y que estos sean introducidos válidamente y contengan información incriminatoria.

**b) Segundo grado de control que se realiza sobre la condición formal de legitimidad de la valoración**

Este control de legitimidad se refiere a la existencia y exhaustividad de la motivación fáctica, entendiendo que normativamente esta exigencia viene dada por el artículo 373 letra e), con relación a los artículo 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, puesto que de estos artículos surge, *primero, el deber de motivación fáctico exhaustivo y, segundo, la posibilidad de control de la*

---

<sup>98</sup> Los contenidos normativos de la presunción de inocencia son fundamentalmente tres, como trato de inocencia en el proceso penal, como regla probatoria, que impone la condición específica de existencia de prueba válida y objetivamente incriminatoria, y como regla de enjuiciamiento, que en caso de insuficiencia probatoria de la hipótesis incriminatoria impone la absolución.

<sup>99</sup> Vegas, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 1993, pp. 42-43.

<sup>100</sup> Del Río Ferretti, C., op. cit., pág.76.

*misma por la vía del recurso de nulidad, al considerarse la infracción de este deber un motivo absoluto de nulidad.*<sup>101</sup>

En consideración de lo anterior, es necesario resolver la cuestión respecto a en qué circunstancias pueden configurarse situaciones en que estemos frente a un vicio motivacional, y para esto debemos aclarar que dependerá de los tipos de motivación, según la materia a la que está referida. La motivación puede estar referida al objeto u objetos de decisión o a la prueba practicada y valoración de la misma.

Para efectos de este trabajo es relevante analizar la situación de la motivación respecto de la prueba, específicamente la existencia de la valoración.

El deber de motivación relevante a efectos del recurso de nulidad, y entonces que puede dar lugar a un vicio desde esta perspectiva debe extenderse a toda la prueba que sea decisiva en función del mismo juicio de hecho y su justificación, por tanto la Corte no debe limitarse a controlar si los hechos probados derivan de motivación respaldada en la prueba, sino si además el juez de mérito realiza un escrutinio exhaustivo en función de los mismos hechos que integran su juicio.<sup>102</sup>

Todo esto porque de lo contrario estaríamos ante una situación en que se admitiría la omisión de motivación del resto de la prueba, y en definitiva, *consentiría el vicio del sesgo de confirmación, es decir traer a colación en la motivación sólo lo que sirve para el respaldo de una hipótesis, y la superación del sesgo de configuración impone como mínimo que la motivación se haga cargo no sólo de la prueba confirmatoria de los hechos que se dan por probados, sino además de aquella que justamente impide o excluye dicha confirmación.*<sup>103</sup>

Para resolver el problema de la decisividad de la prueba, debemos realizar un examen en que se realice un juicio contrafactual en el cual se debe verificar que la motivación dada resiste o se sostiene aun en el evento de que se confiriese valor a aquella prueba preterida.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Del Río Ferretti, C., op. cit., pág. 81.

<sup>102</sup> Ídem, pág. 85.

<sup>103</sup> Ibídem.

<sup>104</sup> Del Río Ferretti, C., op. cit., pág. 85.

Por tanto, en caso de que la motivación no hubiese aprobado dicho examen, y la prueba preterida hubiese impedido al juez hacer la motivación que hizo, indica justamente el carácter decisivo y la trascendencia del vacío motivacional.

- c) Tercer grado de control: la racionalidad como condición de legitimidad material de la valoración de la prueba

Lo relevante es el razonamiento formal, donde las conclusiones deben corresponderse con las premisas, y la justificación externa que se resuelve en la motivación destinada a respaldar el mismo establecimiento de las premisas<sup>105</sup>, es decir, que la justificación se debe basar en el conjunto de criterios en que se basa o sostiene el juicio fáctico.

La valoración del juez, en verdad no pueden ser expresiones de opciones o de singulares visiones del mundo, sino que deben ser justificadas sobre la base de experiencia y de valores que éste repunte compartibles. Y la plausibilidad de los criterios de decisión adoptados por el juez de mérito debe ser verificada por la Corte de casación, cuyo control no puede limitarse sólo a la constatación de la existencia de una estructura argumentativa cualquiera.<sup>106</sup>

- d) Cuarto grado de control: el grado de confirmación de la hipótesis incriminatoria que puede articularse por la vía del recurso de nulidad, artículo 373 letra a) CPP

Es necesario dotar al sistema probatorio de un umbral o criterio de exigencia para determinar cuándo procede declarar comprobado los hechos constitutivos de una hipótesis, y es en esta instancia donde surge el problema del estándar de la prueba *que en último término se traduce en el criterio normativo del grado de probabilidad o confirmación exigible para la comprobación judicial*. Para FERRER el estándar de prueba es la regla o criterio que va a permitir la distribución del riesgo del error judicial ante la probabilidad de comprobaciones judiciales falsas.<sup>107</sup>

En el sistema chileno la convicción es el resultado únicamente de la prueba practicada, cuestión que aparece categóricamente declarada en el inciso 2º del artículo 340 del Código Procesal Penal. Dado lo anterior se presenta como perfectamente plausible entender el

---

<sup>105</sup> Ídem, pág. 88.

<sup>106</sup> Ídem, op. cit., pp. 91, citando a Nappi, A., *Ilgiudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, 2006, pp. 163-164.

<sup>107</sup> Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 139-140.



estándar de confirmación como algo esencial y necesariamente objetivable, contrastable y controlable.<sup>108</sup>

De las causales mencionadas y desarrolladas en el presente trabajo y los controles específicos que directa o indirectamente alcanzan a la justificación del juicio de hecho a través del recurso de nulidad, es relevante establecer que para los casos de condena por error en reconocimiento visual de imputados o con irregularidades en su realización con miras claramente a buscar que se anule dicha sentencia condenatoria, pareciera ser la más pertinente aquella causal absoluta del artículo 374 letra e) del CPP, que establece que *el juicio y la sentencia serán siempre anulados cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)*, siendo la de importancia para el presente trabajo la letra e) de dicho precepto legal, ya que justamente es aquella que consiste en que la sentencia hubiera omitido alguno de los contenidos que necesariamente deben figurar en ella, entre los cuales se cuenta la valoración de los medios de prueba que fundamentaren las conclusiones acerca de los hechos y circunstancias que se dieran por probadas, es por esto, que se desprende que el sistema procesal chileno, no obstante reservar los problemas de apreciación de la prueba al tribunal de única instancia, deja abierta la posibilidad de facultar al tribunal superior que conoce del recurso de nulidad para revisar que la libre apreciación de la prueba no entre en contradicción con los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo que nos da la posibilidad de atacar los hechos establecidos por el juzgador posterior a apreciar las pruebas, precisamente en el caso concreto de condena por error en el reconocimiento visual o en caso de irregularidades en la realización de dicha prueba, ya que estaríamos ante la situación en que el motivo que justamente gatilla una sentencia condenatoria errada se encuentra en el establecimiento de los hechos como consecuencia de dicha prueba, y por tanto para dar solución es necesario, justamente volver a ellos.

Finalmente haciendo mención a los controles desarrollados previamente, aclararemos que entre aquellos el que resulta relevante es el segundo grado de control que se realiza sobre la condición formal de legitimidad de la valoración específicamente respecto a la motivación sobre la prueba y particularmente la existencia de la valoración, ya que establece que la Corte

---

<sup>108</sup> Del Río Ferretti, C., op. cit., pág. 97.

no solo debe limitarse a controlar si los hechos probados derivan de una motivación respaldada en la prueba, sino si además el juez de mérito realiza un escrutinio exhaustivo en función de los mismos hechos que integran su juicio, de modo contrario estaríamos ante una situación en que se estaría admitiendo una omisión de motivación del resto de la prueba. Luego este control se basa o fundamenta justamente en la causal más relevante para el presente estudio, la causal contenida en el artículo 374 letra e), en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del CPP, al surgir de estos artículos el deber de motivación fáctico exhaustivo y la posibilidad de control de la misma por la vía del recurso de nulidad, al considerarse la infracción de este deber un motivo absoluto de nulidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Pezdek, K., *Expert Testimony on Eyewitness Memory and Identification*, 2007.
- Costanzo, M., Krauss, D., Pezdek, K. (Eds.), *Expert Psychological Testimony for the Courts*, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2007.
- Smith, Andrew; Cutler, B., *Introduction: Identification Procedures and Conviction of the Innocent*.
- Cutler, B.(Ed.), *Reform of Eyewitness Identification Procedures*, Washington: American Psychological Association, 2013.
- Doyle, J. *True Witness*, Editorial Palgrave Macmillan, Nueva York, 2005.
- Loftus, Elizabeth, *Eyewitness Testimony*, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.
- Wells, G., *Eyewitness identification: Systemic reforms*, *Wisconsin Law Review*, 615,623, 2006.
- Ministerio Público, *Protocolo Interinstitucional de Reconocimientos de Imputados*, Santiago: Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, 2013.
- Altavilla E., *Psicología Giudiziaria*, Torino, 1948.
- Cafferata, J., *La prueba en el proceso penal*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1998.
- Diges, M., García, M., Miranda, M., Nieva, J., Obach, J., Pérez, N., *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- Diges, M., *La exactitud en la identificación: factores psicológicos*, en Diges, M., Alonso-Quecuty, M., *Psicología del Testimonio*, en Cuadernos Digitales de Formación, 29, Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- Wells, G., Olson, E., *Eyewitness Testimony*, *Annual Review of Psychology*, Vol. 54, 2003.
- Wells, G., *Applied eyewitness-testimony research. System variables and estimator variables*, en *Journal and Social Psychology*, 36, 1978.
- Loftus, e., Palmer, J., *Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory*, en *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 13, 1974.
- Lampinen, J., *The Psychology of Eyewitness Identification*, *Essays in Cognitive Psychology*, New York: Taylor and Francis Group, 2012.
- Shapiro, P., Penrod, S., *Meta-analysis of facial identification studies*, en *Psychological Bulletin*, 100, 1986.

Read, J., *The availability heuristic in person identification: The sometimes misleading consequences of enhanced contextual information*, en *Applied Cognitive Psychology*, 9, 1995.

Clifford, B., Hollin, C., *Effects of the type of incident and the number of perpetrators on eyewitness memory*, en *Journal of Applied Psychology*, 66, 1981.

Sussman, E., Sugarman, R., *The effect of certain distractions on identification by witnesses*, en Zavala, Paley y Gallati (eds.), *Personal appearance identification*, Springfield, Illinois, Charles, T., 1972.

Buckhout, R., Alper, A., Chern, S., Silverberg, G., y Slomovits, M., *Determinants of eyewitness performance on a lineup*, en *Bulletin of the Psychonomic Society*, 4, 1974.

Loftus, E., *Eyewitness Testimony*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1979.

Cutler, B., Penrod, S., Martens, T., *The reliability of eyewitness identifications: The role of system and estimator variables*, en *Law and Human Behavior*, 11, 1987a.

Loftus, G., Loftus, E., Messo, J., *Some facts about "weapon focus"*, en *Law and Human Behavior*, 11, 1987.

O'Rourke, T., Penrod, S., Cutler, B., Stuve, T., *The external validity of eyewitness identification research: Generalizing across subject populations*, en *Law and Human Behavior*, 13, 1989.

Yuille, J., Tollestrup, P., *Some effects of alcohol on eyewitness memory*, en *Journal of Applied Psychology*, 75, 1990.

Dysart, J., Lindsay, C., MacDonald, T., Wicke, C., *The intoxicated witness: Effects of alcohol on identification accuracy from showups*, en *Journal of Applied Psychology*, 87, 2002.

Ebbinghaus, H., *Über das Gedächtnis*, Leipzig, Duncker and Humboldt, 1885. Traducción al inglés: *Memory. Contribution to experimental psychology*, New York, Dover Publications, Inc., 1964.

Egan, D., Pittner, M., Goldstein, G., *Eyewitness identification: Photograph vs. live models*, en *Law and Human Behavior*, 1, 1977.

Loftus, E., Greene, E., *Warning: Even memory for faces may be contagious*, en *Law and Human Behavior*, 4, 1994.

Young, A., Hay, D., Ellis, A., *The faces that laughed a thousand slips: Everyday difficulties and errors in recognizing people*, en *British Journal of Psychology*, 76, 1985.

Gorestein, G., Ellsworth, P., *Effect of choosing an incorrect photograph on a later identification by an eyewitness*, en *Journal of Applied Psychology*, 65, 1980.

Morales, A., Welsch, G., *El reconocimiento de imputados en Chile y a nivel comparado*, Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 2011.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, España. En: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>.

De Diego, L., Identificación fotográfica y en reconocimiento en rueda del inculpado, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

De Diego, L., Identificación fotográfica y en reconocimiento en rueda del inculpado, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

Pérez, A., Cabanillas, F., Sánchez, J., Manual del Policía, Ed. La Ley, 2004.

Programa de Estudios, Reconocimiento Visual Errado en el Proceso Oral, cit. nota nº 12.

Protocolo Interinstitucional de reconocimiento de imputados, Unidad especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.

Accatino, D. *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Legal Publishing, 2010.

Coloma, R., *Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno*, La prueba en el nuevo proceso penal oral, Lexis Nexis, Santiago, 2003.

Del Río Ferretti C., *El Derecho al Recurso y Recurso de Nulidad Penal*, Thomson Reuters, Santiago, Primera edición, 2014.

Maier J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b.

Horvitz, M., López, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II.

Pfeffer, E., *Código Procesal Penal. Anotado y Concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

Couture, E., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 3ra ed., 1987, pág. 407, citando a Florian, *Principi di diritto processuale penale*.

Vegas, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 1993.

Ferrer, J., *La valoración racional de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.