

Informe en Derecho

JUICIOS POR VIDEOCONFERENCIA

Juan Ignacio Piña Rochefort

Abogado

Doctor del Derecho

La Defensoría Penal Pública me ha solicitado un informe en Derecho respecto de la compatibilidad de los principios e imperativos constitucionales del debido proceso y la realización de juicios orales a través de mecanismos telemáticos, prescindiendo de la concurrencia personal de los intervinientes a todas las instancias del juicio. Específicamente, se ha consultado por la exigencia impuesta por el inciso segundo del artículo 9 de la Ley 21.226, que restringe los casos en que los intervinientes pueden solicitar la suspensión de la audiencia o de la vista de la causa a aquellos en que *el impedimento obstaculice en forma absoluta* que alguna de las partes o intervinientes pueda ejercer las facultades que la ley le otorga; y si ella es compatible con las exigencias del debido proceso en un sistema de garantías racionales como las exigidas en el artículo 19 n° 3 inciso 6° de la Constitución Política.

Para hacer frente a dicha tarea, se hace necesario revisar someramente el contenido del debido proceso como derecho fundamental recogido en la Constitución Política de la República, la función que le cabe en el marco de la legitimación del sistema punitivo del Estado y las consecuencias de su infracción. Del mismo modo, se hace necesario revisar los déficits que conforme a dichas garantías presentarían las audiencias telemáticas de juicio para determinar si son capaces de superar el estándar del debido proceso que exige nuestra carta fundamental. Sobre estas cuestiones, en lo fundamental, versan las siguientes consideraciones.

Para la realización de este informe no se han tenido en consideración las vicisitudes concretas de la gestión pendiente, si no que se ha usado como marco de referencia la consulta de la Defensoría Penal Pública. De este modo, no se pronuncia en modo alguno respecto de la

pertinencia concreta de algún requerimiento específico formulado ante el Tribunal Constitucional.

1. El núcleo de la cuestión

La ley 21.226, tal como lo indica su denominación vino a establecer un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad covid-19 en Chile. Dentro de su regulación ha incorporado una regla específica en el inciso segundo del artículo 9, referida a la suspensión de las audiencias o vistas de las causas en aquellos casos en que hubiere personas privadas de libertad, exigiendo para dicha suspensión que el impedimento que se arguya *obstaculice en forma absoluta* a alguna de las partes o intervinientes para ejercer las facultades que la ley le otorga. De este modo, ha establecido como estándar para la suspensión la obstaculización absoluta del ejercicio de los derechos procesales lo que fuerza a preguntarse si una obstaculización absoluta es un estándar razonable de suspensión o si, por el contrario, los imperativos de racionalidad procedimental exigirían suspender dichas audiencias o vistas de las causas con impedimentos intensos aunque no fueran absolutos. Puesto en otras palabras, un obstáculo *absoluto* debe entenderse como un obstáculo entero, total, completo¹ o, lo que es lo mismo, un obstáculo insuperable y total. Sin embargo, resulta relativamente visible que existen una serie de impedimentos u obstáculos que no reúnen ese carácter (absoluto), pero que pueden dificultar intensamente el ejercicio de los derechos procesales en atención a las restricciones que se han impuesto para la gestión de la emergencia sanitaria por el covid-19. El núcleo de la cuestión consultada es si ese estándar de impedimento es racional y justo en sentido constitucional o si con él se vulneran las garantías del debido proceso.

2. Sobre la función del proceso como mecanismo de legitimación de las decisiones judiciales en el ámbito penal.

Para abordar adecuadamente la consulta efectuada, es necesario hacer algunas consideraciones sobre la relación que guarda el proceso penal y el Derecho penal sustantivo, en el marco de la legitimación de la potestad punitiva del Estado. La discusión respecto de las garantías del Derecho penal tiene larga data en nuestra tradición jurídica y ha sido largamente refrendada por nuestro Tribunal Constitucional tanto para el Derecho Penal como para el Derecho Administrativo sancionador. Del mismo modo, en abundante jurisprudencia nuestro

¹ RAE, def. 3 (adj).

TC se ha pronunciado respecto de las garantías orgánicas y procedimentales que deben imperar en el proceso penal. Sin embargo, el tratamiento habitual de estas cuestiones parece entenderlas como compartimentos estancos con sus lógicas propias y no como una verdadera abrazadera de garantías en que se funden lo sustantivo y lo adjetivo. Aunque no siempre se haya desarrollado pormenorizadamente, la cuestión respecto de las relaciones entre el Derecho penal sustantivo y el proceso penal, se ha estructurado sobre el entendimiento común de que ambos no pueden escindirse ya que el primero no es capaz de alcanzar existencia jurisprudencial si no es a través del segundo. En otros términos, el proceso penal es el llamado a poner en práctica y movimiento al derecho penal sustantivo permitiendo que sus aspiraciones regulatorias se plasmen en sentencias que rijan efectivamente la vida social. Esto implica como sinalagma ineludible que los principios de limitación material de la potestad punitiva del Estado son estériles cuando aquellos que rigen el procedimiento no se encargan de hacerlos efectivos en la sociedad que se los ha otorgado. Hasta las más fundamentales garantías del Derecho penal (como el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad, etc.) se transforman en letra muerta si el proceso donde han de hacerse valer no ofrece las estructuras adecuadas para ello. En efecto, y a modo de ejemplo, en otro lugar hemos afirmado que el proceso penal es el complemento imprescindible del principio de legalidad, porque sólo a través de la operación conjunta de ambos es posible alcanzar la doble conjura de la incertidumbre². Si bien es evidente que a través del principio de reserva legal se conjura la incertidumbre respecto de la incriminación abstracta (a través de las descripciones de las conductas prohibidas en los tipos penales que hace el legislador), no lo es menos que a través del proceso penal se conjura la incertidumbre de la incriminación concreta, o lo que es lo mismo, se resuelve la suerte concreta del ciudadano que ha llevado a cabo una determinada conducta que se aprecia a través del prisma del tipo penal.

Por esta misma razón, el proceso penal debe entenderse siempre como el algoritmo de obtención de la decisión penal. Desde esta perspectiva, el proceso penal no es sino el conjunto ordenado de operaciones que permite hallar la solución del problema sometido a conocimiento jurisdiccional. El resultado de dicho proceso es la obtención de la *decisión penal*, que no es sino la fijación del Derecho vigente. Puesto en otras palabras, la forma que tiene el derecho vigente es siempre producto de la jurisprudencia (la forma concreta de interpretación de un tipo en una serie de sentencias judiciales fijan la forma del Derecho vigente respecto de ese tipo en un momento determinado). Por lo mismo, la forma del derecho vigente pende del procedimiento y la legitimidad de las decisiones que en un sistema democrático siempre penden de la existencia de procedimientos igualmente legítimos.

En un sistema acusatorio como el nuestro, lo anterior resulta particularmente visible, pues la legitimidad de las decisiones evacuadas descansa sobre un disenso forzoso (propio de la

² Nos hemos detenido en esto en Piña Rochefort, Derecho Penal. Fundamentos de la responsabilidad (2ª ed.), Thompson Reuters, Santiago, 2014, p. 134.

adversarialidad acusatoria) y un consenso forzoso (en el procedimiento para obtener la decisión). El disenso es imprescindible en un sistema que se construye sobre la base de una contradicción entre dos partes con igualdad de armas frente a un tercero imparcial. Sólo de ese choque puede emanar una decisión legítima (sea absoluta o condenatoria según la tesis de los intervinientes a la cual se le otorgue prevalencia por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal), y lo será con independencia de si alguna de las partes no está de acuerdo con su contenido. A la vez, el consenso forzoso se refiere al modo de obtener esa decisión, y es precisamente ese consenso el que obliga racionalmente al acatamiento del resultado adverso.³ Las sentencias judiciales no se acatan por la coercibilidad estatal (en tal caso serían pura fuerza), se acatan porque racionalmente nos imperan al haber legitimado democráticamente sus mecanismos de obtención.

Es este consenso en el modo de obtención de la decisión es lo que habitualmente denominamos *proceso* y se plasma en una serie de normas. A nivel constitucional, estas reconocen derechos y garantías para el imputado que enfrenta al poder punitivo del Estado. A su vez, en el rango legal, el Código procesal penal dota de contenido concreto los derechos y garantías constitucionalmente consagrados. Así, sólo el respeto irrestricto a los preceptos constitucionales que dan forma al proceso para la fijación del Derecho penal, permite afirmar que la decisión evacuada por un Tribunal es legítima y tiene la capacidad para forzar sobre el acusado una decisión condenatoria, especialmente cuando esta supone una privación absoluta de libertad.⁴ Esta aproximación relativamente sencilla, como se verá más adelante, acarrea inmensas consecuencias para la actividad judicial estatal. Sin embargo, baste por ahora tener presente que el imperativo legitimatorio de las decisiones no puede verse jamás amagado por necesidades externas a la lógica procedimental o, lo que es lo mismo, que no hay fisura tolerable en el acervo de legitimidad de una sentencia judicial ni siquiera a pretexto de situaciones excepcionales.

Puesto de otro modo, resulta profundamente injustificable que la operación del proceso penal, pueda ser corregida o modificada a partir de objetivos externos a este —por legítimos que parezcan—, apelando a un *telos* que no guarde relación con la legitimación formal o material del propio sistema del Derecho penal. Así, v.gr. afirmar que las estructuras legales que determinan la forma de realización de un juicio oral pueden ser flexibilizadas, producto de la necesidad de “dar continuidad al servicio judicial”⁵ —lo que a primera vista pudiera parecer un fin legítimo y

³ *Ibid.*, p. 136.

⁴ *Ibid.*

⁵ Dispone el considerando segundo del Acta 53 de la Corte Suprema que “Actas 53 CS: SEGUNDO: Ante la necesidad de adoptar medidas que, en función del resguardo de la salud pública, se concilien con la continuidad del servicio judicial y que permitan enfrentar y superar las contingencias que la pongan en riesgo, el Poder Judicial ha dictado diversa normativa y adoptado políticas con el fin de minimizar los efectos de la crisis, teniendo siempre como objetivo central resguardar la salud y la vida, tanto de sus funcionarios como del público en general. Asimismo, ha intentado emplear todos los medios tecnológicos de que dispone para, con la ayuda de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y los distintos estamentos, asegurar en la medida de lo posible la continuidad del servicio judicial, con altos estándares de calidad, acceso a la justicia y protección efectiva a los derechos fundamentales de todas las personas”.

excepcional atendido el contexto mundial de catástrofe e incertidumbre derivado de la pandemia Covid-19—, resulta absolutamente inaceptable.

En la línea que hemos desarrollado, esto rompe el consenso forzoso en el modo de obtención de la decisión, pues el consenso democrático que legitima el proceso penal no lleva ínsitas las finalidades que intentan justificar la alteración de su programación. En otras palabras, forzar un elemento ajeno en la estructura propia del sistema del Derecho penal (y procesal penal), con miras a la satisfacción de fines externos, quiebra el consenso legitimante. En consecuencia, la decisión que de estas operaciones emane, no estará revestida de legitimidad y, lo que resulta inevitable, tampoco el derecho fijado a través de la misma.⁶ Las sentencias emanadas de procesos así alterados sufrirán de una merma en su legitimidad que resulta intolerable. Por la misma razón, solo es posible afirmar la existencia de ese consenso legitimante cuando todos los intervinientes están de acuerdo en dicho modo de realización (en dicha alteración de las reglas procedimentales generales).

En síntesis, los principios fundamentales que orientan estas consideraciones descansan en que la legitimación formal del derecho penal se construye sobre dos pilares, una legitimación democrática de las fuentes de creación del injusto o legitimidad de conminación (principio de legalidad) y, por otro lado, una legitimación procedimental de la atribución de las consecuencias o legitimidad de imposición⁷.

3. Sobre el contenido del debido proceso en el sistema acusatorio relevante para la cuestión consultada.

La estructura fundamental de legitimidad de imposición es el principio *nulla poena sine iudicio* (debido proceso), que como hemos dicho resulta un complemento irrenunciable al principio de legalidad⁸. Del mismo modo, ya hemos sentado que la corrección formal dota de legitimidad a la decisión penal lo que la transforma en una garantía tan sustantiva como cualquier otra: la racionalidad del proceso penal es tan necesaria como la legalidad misma.⁹ Luego, el principio *nulla poena sine iudicio* es el principio básico de legitimación procedimental, especialmente consagrado en la Constitución. El acuñamiento de la frase latina, se debe entender como la versión penal del principio de legalidad jurisdiccional¹⁰.

Este principio tiene dos expresiones paradigmáticas, (1) que nadie puede ser juzgado sino por un tribunal constituido con anterioridad a la perpetración del hecho que se juzga y, (2) que el juzgamiento legalmente aplicable siempre debe estar previamente regulado a nivel legal. La

⁶ Piña Rochefort, Loc. cit., p. 145.

⁷ *Ibid*, p. 239

⁸ (Piña Rochefort, Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del sistema jurídico-penal. ¿Es abordable el problema de la legitimidad desde una perspectiva sistémico-constructivista?, 2006)

⁹ Piña Rochefort, Derecho Penal. Fundamentos de la responsabilidad, pág. 137)

¹⁰ *Ibid*, p.154.

Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

primera expresión, deriva en una garantía orgánica, la segunda, en una garantía procedimental. La consagración constitucional se encuentra en los artículos 19 N° 3, incisos 2°; 3°; 4°; 5° y; 6°, que permite descomponerlo en varias estructuras legitimatorias menores. A nivel procedimental, la garantía otorga un mandato al legislador “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (art. 19. N°3, inciso 6). Por su parte, la garantía orgánica no se agota únicamente en lo judicial, sino que incorpora también al Ministerio Público (artículo 83 y ss. CPR).

Pero en esta regulación no se agotan las exigencias de racionalidad del proceso. La Constitución ha incorporado también el *derecho a defensa*, lo que determina constitucionalmente las condiciones esenciales de la legitimidad procedimental, toda vez que con ello se yergue a la defensa y en consecuencia a la contradictoriedad, como el eje de legitimación de la decisión.¹¹ Es importante hacer presente que, a nivel constitucional, no se trata sólo del reconocimiento de un derecho: “*toda persona tiene derecho a defensa en la forma en que la ley señale*”, sino también de una estricta prohibición “*ninguna autoridad podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida*”.¹²

De este modo, el sistema acusatorio y la contradicción operan como una bisagra orgánico-procedimental. Como ya se esbozó, la función del proceso es la segunda conjura de la incertidumbre para el ciudadano (incriminación concreta) de modo que siempre en un proceso penal puede identificarse una función manifiesta¹³, cual es la solución del conflicto penal, y una función latente, que como hemos anticipado es la fijación del Derecho vigente. Habitualmente, los análisis acerca de la función del proceso penal se limitan a revisar esta primera función, pero no reparan que es la segunda la que compete a toda la sociedad. Esto es relevante, ya que la función que cumple cada una de las estructuras en el sistema del Derecho penal, orienta todas las subestructuras de las que se sirve para su operación.

Por último, las garantías procesales también cumplen una función manifiesta y una función latente. La primera es relativamente indubitada y es la que se cita generalmente como la función de las garantías procesales: la protección de los derechos fundamentales del imputado. En esta línea, como lo ha señalado Roxin el derecho procesal penal se transforma en el “Sismógrafo de la Constitución del Estado”¹⁴. Esto es cierto, pero claramente insuficiente. La protección de los derechos fundamentales del imputado es la función manifiesta de las garantías, sin embargo, la función latente es la de constituir un mecanismo de contradicción para la adecuada obtención de la decisión penal y, por ende, contribuir a la fijación del Derecho vigente.

¹¹ STC Español: 48/1986. “*la prohibición de indefensión (...) implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren convenientes con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis*”.

¹² Piña Rochefort, Derecho penal. Fundamentos, p. 157

¹³ Véase, MERTON, *Social Theory and Social Structure*, The Free Press, New York (1967), pp.20-25.

¹⁴ (Roxin, 2000, pág. 10 y ss.)

Por eso es imprescindible hacer referencia a la diferenciación de las funciones dentro del sistema acusatorio y la estructura dialéctica que dota de legitimidad al proceso penal. En un modelo acusatorio puro, dicha estructura es triádica: acusador—juez—defensor. El acusador sustenta una tesis, la defensa una antítesis y el tercero imparcial extrae una síntesis que se constituye en la base de la decisión de absolución o condena. De ahí la relevancia de la *igualdad de armas* en el proceso penal. Sólo si esta se asegura, la síntesis extraída puede operar como base legítima de resoluciones futuras.

Este probablemente sea el prisma desde el cual se deben observar todas las garantías procesales, lo que quedará de manifiesto en las consideraciones restantes de este informe. Desde una mirada inmediata, pareciera que las garantías apuntan únicamente a resguardar los derechos del imputado, —lo que es cierto e imprescindible y guiará el análisis pormenorizado de las garantías procesales concretas a las que se hará referencia—, pero el asunto no se agota ahí, en la medida en que no puede obviarse la función de fondo que desempeñan: son un mecanismo legitimador de la decisión que la Justicia evacúa.

Sin un afán taxonómico exhaustivo, en el proceso penal encontramos cuando menos dos clases de garantías. En primer lugar, se consagran garantías en relación a las funciones que integran el proceso penal: (i) Las garantías de la función decisoria se identifican con la existencia de un juez independiente, imparcial y natural. (ii) Las garantías que derivan de la función acusadora son las de persecución autónoma, oficial, objetiva, responsable y, orientada político-criminalmente. (iii) Finalmente, las garantías de la función defensora son la defensa técnica, eficaz y compatible.

La segunda clase de garantías son las procedimentales. Estas son: el derecho a un juicio (a) previo, (b) oral y público, (c) oportuno, (d) controvertido y, (e) el derecho a la persecución única (*ne bis in ídem procesal*). Sobre aquellas que eventualmente pueden verse amagadas por la realización de alteraciones en el proceso como las que permite la ley 21.226, nos referiremos a continuación.

4. Sobre las garantías que entran en tensión por la aplicación del inciso 2º del artículo 9º de la ley 21.226.

Cuando se hace referencia a una afectación del principio *nulla poena sine iudicio* en caso de modificaciones relevantes en la forma de llevar adelante el proceso, no se hace referencia a mermas genéricas de su legitimidad sino, por el contrario, a afectaciones específicas de sus principios de garantía. Así, es posible identificar diversas garantías orgánicas y procedimentales que se ven amagadas.

4.1.- Garantías de la función defensora. El derecho a una defensa técnica y eficaz.

La exigencia de una defensa técnica, mecanismo fundamental para garantizar una relativa igualdad entre los intervinientes en el proceso penal, es un imperativo fundamental para la correcta defensa del imputado y la obtención de la decisión legítima. Esto implica que el proceso de fijación de los hechos objeto del juicio, debe siempre estar complementado por una dialéctica jurídica lo más perfecta posible. Esto es trascendental, en la medida en que la función latente del proceso es la fijación del derecho vigente. Por ello, el Tribunal Oral en lo Penal, además de resolver el conflicto penal específico que ha sido sometido a su conocimiento, debe declarar la pretensión de generalidad del Derecho. Por eso se ha dicho que *“una defensa técnica que asegure el mayor equilibrio de posiciones de las partes constituye, por consiguiente, una cuestión de interés público en un Estado de Derecho”*¹⁵.

El reconocimiento constitucional de esta garantía se encuentra en el artículo 19 N°3 incisos 2° y 3° y se materializa en la intervención del *“letrado”*, la que se refuerza al obligar al Estado a proporcionar *“asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”*. En la misma línea, lo confirman los tratados internacionales en los arts. 8.2 letra e) CADH; 14.3 PIDCP y, a nivel legal, el Código Procesal Penal en los artículos 8 inc. 1°; 93 b); y 102 inc. 1°.

Por su parte, el derecho a que el imputado cuente con una defensa eficaz es también una forma de compensación entre los contradictores y se materializa normativamente en el artículo 102 CPP al obligar al Juez de Garantía a velar porque una eventual autodefensa no obste a su eficacia e incluso a declarar abandonada la defensa si esta no alcanza un estándar adecuado.

4.2.- Garantías procedimentales:

a.- Derecho a un juicio oral y público.

El artículo 1 del Código Procesal Penal reconoce que *“Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público”*. La publicidad como criterio de validez del contradictorio, tiene una relevancia tal, que su infracción se encuentra asociada a una sanción absoluta de nulidad en el artículo 374 d) CPP.

Por su parte, la oralidad se encuentra intrínsecamente relacionada con la publicidad, aunque no deben confundirse¹⁶. La exigencia de oralidad, implica que el fundamento de una

¹⁵ (Horvitz & López, 2002, pág. 240)

¹⁶ Un procedimiento escrito, por ejemplo, podría ser perfectamente público si todas las presentaciones y resoluciones estuvieran, por ejemplo, a disposición del público para su escrutinio. La oralidad, por lo tanto es una estructura coadyuvante de la publicidad, pero, por sobre todo de la inmediatez y el correcto debate entre posiciones contrapuestas

sentencia sólo puede derivar de un debate público e inmediato. Sus manifestaciones son claras durante el desarrollo de la audiencia, en las alegaciones, defensas, pruebas y en toda intervención realizada en juicio.

La oralidad es imprescindible, porque sólo a través de ella se pueden satisfacer dos principios de racionalidad procedimental que, de lesionarse, tornan a la garantía en ineficaz, los principios de continuidad/concentración y, por sobre todo, el principio de inmediación.

b. El principio de inmediación.

Impone que sólo puede fallarse conforme a las impresiones personales que el juez obtenga del acusado y los medios de prueba¹⁷, excluyéndose tanto la mediación de intervinientes como de mecanismos que se interpongan entre el juez y el objeto de conocimiento con que forma su convicción. Existen dos manifestaciones del principio de inmediación, la primera, formal, se expresa en que el tribunal debe observar por sí mismo la producción de la prueba¹⁸, lo que implica la imposibilidad de delegar la recepción de la prueba por un lado y, la presencia ininterrumpida de los jueces durante todo el juicio oral, por otra. En su faz material, al tribunal le quedan vedados los equivalentes probatorios, por lo que debe extraer directamente los hechos, a través de su apreciación personal del elemento probatorio¹⁹.

Siguiendo a Calamandrei, *“puede decirse que la inmediación no es otra cosa que una exigencia, dirigida al juzgador de los hechos, para que esté presente en la práctica de la prueba, constituyéndose así, por un lado, en un mecanismo de reducción de errores al eliminar intermediarios en la transmisión de la información que aportan las pruebas (especialmente las personales). Y por otro lado, pero no menos*

¹⁷ (Roxin, 2000, pág. 394) *“el tribunal, a través de la propia percepción, adquiere un concepto del acusado y de todas las personas y objetos de prueba, debe ser puesto en condiciones de juzgar, a partir de su impresión directa y en vivo acerca del hecho, tal “como él se presenta según el resultado del juicio”. A este fin sirve la obligación de los intervinientes en el proceso de estar presentes ininterrumpidamente”*

¹⁸ Así se expresa en la SCS 10246-2013 que sostiene que “Se le atribuyó la calidad de testigo sin que tal persona haya comparecido efectivamente al juicio a prestar su testimonio y privando a las partes de las facultades que les son propias en términos de examen de sus asertos en el ejercicio del principio del contradictorio, tanto como de apreciación del tribunal, en cuanto a la inmediación. Tales derechos, que el Código Procesal Penal establece en el artículo 329, no sólo garantizan el desarrollo del juicio dentro del marco que reglan sus principios rectores, sino también el ejercicio legítimo del derecho a defensa del imputado y, por ende, el debido proceso con todas las garantías judiciales que le son inherentes. (...) En el escenario descrito, resulta que la introducción del sumario sanitario, que en sí misma no resultaba ilegítima, ha devenido en la ponderación de declaraciones testimoniales de personas que no comparecieron en el proceso y que, sin embargo, fueron estimados como tales, con infracción de las garantías judiciales que protege y ampara el debido proceso”.

¹⁹ **SCS 2866-2013. Considerando 15:** “En este escenario, surge con nitidez que el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, sujeto procesal que en cuanto conductor del procedimiento desde una posición neutral, no tiene la calidad de interviniente, por tanto, en materia probatoria, sólo puede recibir las probanzas que hubiesen sido ofrecidas por los intervinientes ajustándose a la legalidad vigente, vetando cualquier iniciativa probatoria que se aparte de ella, lo que constituye un derecho para el imputado y garantiza, a su vez, el carácter adversarial o contradictorio del proceso penal”.

importante, la inmediación en la práctica de las pruebas es también una oportunidad para el desarrollo integral del principio de contradicción y para la participación del propio juzgador en el debate probatorio en contradicción. Esta es la faceta como mecanismo cognoscitivo de la inmediación.²⁰

c.- Derecho a un juicio controvertido. /contradictorio

Hecha la referencia a la contradicción como bisagra orgánico-procedimental del sistema acusatorio ésta resulta ineludible para la correcta decisión y para garantizar las condiciones de despliegue de la controversia. Se trata de un proceso dialéctico construido a partir de la estructura triádica Acusador—Tribunal oral en lo penal—Defensa, que permite revestir de legitimidad la decisión evacuada, sea ésta condenatoria o absolutoria. El tribunal, para su resolución, se yergue en un observador imparcial de la disputa por imponer una determinada teoría del caso, ofreciendo en definitiva la solución que fija la incriminación (o desincriminación) concreta.

Para asegurar la contradictoriedad legitimante en un debido proceso acusatorio, se han diferenciado tres pilares que permiten que el ciudadano incriminado enfrente al Poder punitivo con la menor desigualdad de armas posible. Desde esta perspectiva, se trata de mecanismos compensatorios que buscan corregir, hasta donde resulta posible, la desigualdad estructural que existe cuando la acusación está en manos del Estado (que cuenta con recursos incomparables y, por sobre todo, como dispone el artículo 83 inciso 3 de la CPR, tiene a su disposición todo el aparataje oficial de generación de prueba, pudiendo conminar a entregar u obtener incluso a través de medidas intrusivas, los elementos de convicción que requiere para sustentar su teoría del caso). Estos mecanismos van desde el principio de objetividad de la investigación que ha de imperar la operación de Ministerio público, hasta el *indubio pro reo*.

En primer lugar, la presunción de inocencia²¹ es el reconocimiento básico del estatus de ciudadano del acusado, que debe ser destruido a través del juicio de culpabilidad, superando un estándar de prueba relevante (que fuerza a despejar toda *duda razonable*). Luego, directamente relacionado al mecanismo compensatorio anterior, el *in dubio pro reo* establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal fija ese estándar de prueba que debe alcanzar el acusador, para que el Tribunal pueda pronunciar un veredicto condenatorio. Se trata, en consecuencia, de un mecanismo de distribución de la duda, que opta por asignarla a la inocencia, en vez de a la

²⁰ Jordi Ferrer Beltrán, « El control de la valoración de la prueba en segunda instancia », Revus [Online], 33 | 2017, Online since 30 December 2017, connection on 24 May 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/4016> ; DOI : 10.4000/revus.4016. Véase, Piero CALAMANDREI 1973: Instituciones de derecho procesal civil, EJE, Buenos Aires.

²¹ Que no es propiamente una presunción, sino una regla de trato y una regla de distribución de carga de la prueba (art. 4 CPP), además de una regla de juicio o de estándar de prueba (art. 340 CPP), donde se vuelve operativo el *in dubio pro reo*.

culpabilidad, haciéndola pesar sobre el Estado —y jamás sobre el ciudadano—. Finalmente, los dos mecanismos compensatorios anteriores sólo existen como reglas en el Código con poca operatividad práctica, si no se cuenta con el tercer y más importante mecanismo de compensación y aquel que cierra el triángulo del sistema acusatorio: el derecho a defensa, también consagrado autónomamente como una garantía derivada de su propia función.

En términos muy similares lo ha declarado la Excma. Corte Suprema al sostener que *“en el principio de contradicción se ha incluido, tradicionalmente el derecho de probar y de controlar la prueba del adversario [...] esas facultades se explican mejor en la función del ideal de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador, máxima que también integra la garantía de la defensa y que se denomina igualdad de posiciones. (Maier Julio, Derecho Procesal Penal, I., Fundamentos, Editores del Puerto, segunda edición, pp. 577 y s.s)”*²²

Luego, identificadas las garantías fundamentales contenidas en el imperativo del debido proceso, que de algún modo se pueden tensionar con la eventual realización de audiencias o vistas a través de mecanismos telemáticos, se hace necesario proceder a un escrutinio pormenorizado de los impactos que en ellas pueden producirse. De un modo relativamente natural emergen en este proceso afectaciones relevantes de dichas garantías que a nuestro juicio parecen incompatibles con un debido proceso acusatorio.

5. Sobre el impacto en las garantías orgánicas y procedimentales del debido proceso, de la realización de audiencias de juicio orales por mecanismos telemáticos.

5.1 Ausencia física de alguno de los intervinientes.

Como ya se indicó, la validez del proceso penal acusatorio deriva del proceso dialéctico asegurado a través de la configuración de la estructura triádica acusador—tribunal—defensa. A su vez, el principio de inmediación, en su expresión formal, obliga a que el tribunal oral en lo penal se enfrente directamente a los intervinientes, no sólo para imponerse de sus declaraciones o aportes, sino también para percibirlos de forma física y experimentar directamente la prueba que por o a través de ellos se produzca.

Tan relevante es esto en la realización del proceso, que se consagra a nivel de exigencias de validez de la audiencia, so pena de nulidad. La presencia ininterrumpida de los tres jueces de tribunal oral en lo penal y del fiscal se consagran en el artículo 284 CPP que en su inciso tercero

²² SCS 8042-2009. Véase también: SCS 21426-2016 y SCS 11584-2017

señala que la infracción a esta presencia ininterrumpida, implica la nulidad del juicio y la sentencia²³.

A la vez, la presencia ininterrumpida del acusado durante la audiencia de juicio oral es una exigencia inequívoca consagrada en el artículo 285 CPP, igualmente, la presencia ininterrumpida del defensor determina también la posibilidad de realización de la audiencia, en los términos del artículo 286 CPP.

La presencia física de los intervinientes fue lo que tuvo el Legislador en mente al discutir el Proyecto de Ley que tenía por objeto la dictación de un nuevo Código (de Procedimiento) Procesal Penal. Esto es indiscutible y se evidencia en las primeras etapas del proceso legislativo: *“Estaremos frente a un tribunal colegiado de cara a la gente; de tres jueces que estarán en condiciones de escuchar al fiscal, al defensor y las opiniones y versiones que en el juicio se entreguen. Con su presencia permanente asegurarán el tan valorado principio de la inmediación. Es decir, el contacto directo de los jueces que, con sus cinco sentidos, estarán en condiciones de luego resolver. Sin lugar a dudas, esto releva la función del juez, dotándolo -como habrá ocasión de escuchar en la discusión en particular- de una muchísima mayor valoración de su trabajo”*²⁴

La presencia física e ininterrumpida de los intervinientes, es un contenido material de la exigencia constitucional del debido proceso. La ausencia física en el tribunal, o la comparecencia a través de una plataforma digital de video conferencia de cualquiera de los intervinientes que conforman el triángulo de legitimación del sistema acusatorio, no ofrece las condiciones de contradictoriedad que un episodio procesal como el juicio oral exige y por ende transgrede el debido proceso.

Algunas experiencias comparadas, por coyunturas históricas concretas —y sin duda apelando a razones atendibles— hubieron de pronunciarse sobre esta cuestión. Ejemplo paradigmático de ello, en lo que dice relación con la presencia física del acusado, es el del Tribunal Supremo Español²⁵, que se hizo cargo de este asunto hace más de 15 años. El caso resuelto es análogo a la situación en que se encuentran diversos acusados a lo largo de todo el país, que por resoluciones de Tribunales orales en lo penal deberán “comparecer” a la audiencia de juicio oral, a través de video conferencia, desde el recinto penitenciario en el cual se encuentran físicamente. Creemos que la contundencia de estas afirmaciones justifica una larga cita. El máximo tribunal español resolvió:

[Considerando Segundo] [...] nos hallamos ante una Resolución judicial de sentido condenatorio, dictada tras la celebración de un Juicio en el que los acusados no se hallaban físicamente presentes en la Sala de Audiencia en la que éste se celebraba, sino, tan sólo, a

²³ Por la misma razón no sería tolerable que un juez alerno de los consagrados en el artículo 17 del COT observara el juicio a través de mecanismos telemáticos mientras los titulares estuvieran presentes en la sala de audiencia.

²⁴ Historia CPP. pág. 371. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Discusión en Sala. Intervención Ministra de justicia Soledad Alvear.

²⁵ STS Español:3116/2005

través de una comunicación electrónica, de transmisión del sonido y la imagen, desde el Centro Penitenciario en el que se encontraban internados.

La Audiencia justifica esta circunstancia, para el caso concreto en el que aquí se produce, con base, esencialmente y de forma prácticamente exclusiva, en razones de seguridad dada la alta peligrosidad de los sometidos a enjuiciamiento. Y afirma que, con ello, no se vulneraron los derechos fundamentales de los juzgados, con expresa alusión a los de tutela judicial efectiva y defensa, así como a los principios de legalidad, celebración en audiencia pública, contradicción e intermediación.

[Considerando Tercero] [...] el principio general es el de que los acusados se encuentren en la Sala, directamente asistidos por sus Letrados. Y hay indudables razones para ello.

[...] cuando estamos ante la participación de los propios acusados, especialmente en el momento cumbre del Juicio oral, a los que ha de permitírseles intervenir activamente en el ejercicio de su propio derecho de Defensa.

[...] el acusado no sólo puede ser "objeto" de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de "sujeto" activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio Juicio. Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia.

El contenido de la declaración de un testigo, por citar sólo un ejemplo de las múltiples vicisitudes imprevistas que pueden surgir en el desarrollo de la vista oral, es capaz de provocar una necesidad de instantáneo intercambio de información entre el Letrado y su defendido, por lo que no resulta, en modo alguno, insólito, en la práctica judicial, que, en tales ocasiones, se solicite autorización a la Presidencia de ese acto, para que se acceda a esa comunicación. Autorización que, de denegarse, puede plantear indudables problemas en orden al respeto debido al derecho de Defensa.

[...] es obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su "ius puniendi", facilitar los medios necesarios para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible.

De modo que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate.

[...] Piénsese, si no, en los numerosos Juicios que se celebran en órganos especializados en el enjuiciamiento de individuos acusados de pertenencia a organizaciones terroristas, bandas armadas u otros supuestos semejantes, para los que, a pesar de su indudable peligrosidad potencial, no por ello se les restringe su derecho a estar presentes en la Sala de Audiencia, sino que se adoptan las medidas oportunas, incluso mediante la especial adecuación de la Sala, para la celebración del acto con su asistencia al mismo.

De modo que esta Sala no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del Juicio mediante videoconferencia

[Considerando Cuarto] *En consecuencia, procede la estimación de los Recursos que plantearon los aludidos motivos relacionados con la analizada cuestión, a propósito de la celebración del acto del Juicio sin la asistencia personal de los acusados, comunicados con la Sala de Audiencia en la que eran juzgados a través de videoconferencia [...] ordenando [...], la celebración de un nuevo enjuiciamiento, por Tribunal con distinta composición del que participó en el Juicio que **se anula, a fin de garantizar debidamente el adecuado ejercicio del derecho de Defensa** de los recurrentes, posibilitando la asistencia a los mismos de sus Defensores, en comunicación con ellos, presentes en la misma Sala de Audiencia.*

Si bien la resolución de la Audiencia recuerda al tratamiento de Ginés de Pasamonte que relata Cervantes en el Quijote, no puede perderse de vista que aunque razones de alta seguridad pueden resultar atendibles en determinados casos—cuando menos más atendibles que «dar continuidad al servicio judicial»—, ni siquiera en esos casos han podido fisurar la exigencia de su presencia física del imputado. Este razonamiento da cuenta de que la realización de un juicio oral en las condiciones señaladas, no es capaz de asegurar en plenitud el derecho a defensa. Esto es claramente entendible si se comprende la dinámica propia de un juicio oral, en que tanto intervinientes como testigos y peritos, evacúan en un lapso muy breve de tiempo, una abrumante cantidad de información. Esa información debe ser controlada constantemente por el abogado defensor. En muchas ocasiones, la veracidad de la información vertida o la posibilidad de exponer un hecho o circunstancia diversa a la que en juicio se manifiesta, depende de la posibilidad del contacto constante, libre y privado entre el acusado y su defensor. El contacto constante implica cercanía física y la posibilidad de que el letrado lo escuche durante toda la audiencia.

La realización de una audiencia de juicio oral en que el acusado no se encuentra presencialmente ante el Tribunal infringe el principio de inmediación como expresión paradigmática de la garantía procedimental de un juicio oral y público. Por otro lado, limita la garantía procedimental de que exista un juicio controvertido, a través de la limitación de la adecuada intervención del letrado, volviendo ineficaz la garantía derivada de la función defensora, que debe ser, no sólo técnica, sino también eficaz.

No menos importante resulta la exigencia de la comparecencia física de los jueces que integran el Tribunal oral en lo penal. El análisis de la historia fidedigna del Código Procesal Penal, las reglas legales del propio juicio oral, los manuales de derecho procesal penal y las publicaciones académicas sobre la materia nos pueden ofrecer un panorama bastante certero de por qué la comparecencia física del tribunal, es imprescindible para la realización de un juicio oral que respete el estándar constitucional del debido proceso, especialmente desde la

perspectiva de la garantía de un juicio oral y público, que exige inmediación, tanto formal, como material, de hecho, "la presencia ininterrumpida de los jueces que integran el tribunal durante toda la audiencia es una condición de validez de la misma"²⁶

Sin embargo, la propia experiencia jurisprudencial reciente parece ofrecer un argumento a considerar. En un contundente voto disidente uno de los jueces [Magistrada Nash] del TOP de Viña del Mar estuvo por absolver al acusado "ya que con la realización del juicio en la oportunidad que tuvo lugar, se vio afectado a su respecto, el principio de igualdad y el debido proceso".

[...]

El juicio oral supone una relación interpersonal, cuya vertiente más importante, por razones humanitarias, es el contacto de los jueces con el acusado; pero también lo constituye la relación con los testigos y peritos, puesto que debe existir una percepción directa de la prueba, lo que significa verla y oírla claramente. En la comunicación vía remota hay un desmedro en tales condiciones, la que por razones excepcionales se ha dispuesto asumir en casos justificados, que no se dieron en la especie. Desde el inicio de la audiencia hubo problemas de audio -tal como quedó registrado- y a ello se suma, que el juez que redacta vía remota, pierde contacto con la sala del tribunal-tal como quedó registrado- y a ello se suma, que el juez que redacta vía remota, pierde contacto con la sala del tribunal, al tener abierta la página donde debe tomar nota de lo que se declara, y minimizado el zoom"²⁷

La imposibilidad del tribunal de apreciar de forma inmediata e ininterrumpida la prueba vertida en el juicio oral, alerta sobre la legitimidad de un enjuiciamiento criminal bajo estas condiciones de realización. En la misma línea, especialmente relevante resulta lo señalado por la Magistrada Nash sobre el juicio oral como una relación de carácter interpersonal. La percepción que deben tener los jueces respecto de la prueba testimonial, pericial y, por sobre todo, una eventual declaración del acusado, debe estar revestida de una real comunicación.

Esto implica mucho más que la mera constatación visual y auditiva de que al otro lado de la pantalla se está diciendo lo que se dice. Una persona y su declaración, constituyen un elemento probatorio revestido de características muchísimo más profundas y complejas que el mero contenido de su deposición en juicio y la respectiva transcripción de la misma en el texto de una sentencia.

Por lo mismo, el Tribunal oral en lo penal debe estar en posición de lograr identificar lo que el elemento probatorio "persona" comunica y no solamente lo que dice. La comunicación interpersonal excede con creces la mera recepción de la verbalización de una idea. Supone el analizar el lenguaje corporal, las expresiones no verbales y una serie de elementos que el testigo, perito o acusado transmiten a través de su propia corporalidad, las entonaciones de su voz, el

²⁶ HORVITZ, MARÍA INÉS. LÓPEZ, JULIÁN. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Santiago, año 2014, pág. 95

²⁷ STOP Viña del Mar, Rit: 135-2020. Ruc: 1901008118-4.

sudor de su frente, los movimientos de sus manos, etc. Nada de esto es susceptible de apreciarse correctamente a través de una pantalla. La información que el tribunal extraiga de esta forma es deficiente y reduce el elemento probatorio “persona” a la mera transcripción de sus palabras. Esto no satisface el estándar de la inmediación como base de la garantía de juicio oral y público. Por lo mismo, afecta el núcleo esencial de una garantía de carácter procedimental que se alza como imprescindible para asegurar la vigencia y el respeto del artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República.

5.2 Ausencia física de testigos y peritos. El derecho de confrontación y la posibilidad de controlar la prueba de cargo.

Con la agudeza que lo caracteriza, el juez Scalia de la Corte Suprema Norteamericana, tratando de cuestiones análogas a las que convocan el presente informem hizo notar que *«una confrontación virtual puedes ser suficiente para proteger derechos constitucionales virtuales, pero dudo que sean suficientes para proteger los reales»*²⁸,

El derecho a confrontar a los testigos y peritos, es una de las piedras basales de nuestro sistema procesal penal y la expresión más evidente de un juicio controvertido. Deriva de una larga tradición, que ha sido reconocida tanto en el ámbito del derecho continental, como en el *common law*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos es claro en su artículo 6.3 al señalar que *“Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos... d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;”* en el mismo sentido lo reconoce el artículo 14.3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Incluso más clara es la Convención Americana de Derechos Humanos al señalar en su artículo 8.2 letra f) como garantía mínima el *“derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”*. Más allá de la consagración de este derecho, ya sea a nivel legal, constitucional o en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, lo cierto es que siempre ha sido comprendido como parte integrante del debido proceso.

Como indica Duce, *“el núcleo central de este derecho consiste, entonces, en entregarle la posibilidad al acusado de controvertir intensamente la información aportada por testigos (y peritos) adversos en juicio. Asegura que el acusado tenga una participación activa en el caso y pueda influir en el proceso de formación de convicción del tribunal que debe resolver. Dicho en otros términos, que la decisión del tribunal respecto a la prueba presentada considere los puntos de vista y antecedentes aportados por el*

²⁸ *“Virtual confrontation might be sufficient to protect virtual constitutional rights; I doubt whether it is sufficient to protect real ones”*. Amendments to Rule 26(b) of the Federal Rules of Criminal Procedure, 207 F.R.D. 89, 94 (2002) (statement of Scalia, J.). Citado en Anthony Garofano, Avoiding Virtual Justice: Video-Teleconference Testimony in Federal Criminal Trials, 56 Cath. U. L. Rev. 683 (2007). Pág. 699.

acusado". Por la otra, constituye un aspecto central para asegurar una decisión de mejor calidad del juzgador toda vez que la información aportada en el interrogatorio del acusado permitirá contar con más antecedentes y mejorar la evaluación de credibilidad del testigo (o perito), favoreciendo una decisión judicial basada en información de mayor calidad. En esta segunda dimensión, el derecho a confrontación juega un rol institucional significativo ya que será un mecanismo que asegure al sistema el cumplimiento adecuado de su deber de establecer verdad y resolver las controversias conforme a ella. Por lo mismo, la infracción de este derecho no sólo perjudica al acusado sino que a la sociedad en su conjunto ya que deteriora las condiciones de producción de la prueba que minimizan la posibilidad de error en la decisión judicial".²⁹

Actualmente, resulta indiscutido que el derecho de confrontación es parte integrante del debido proceso, y también una manifestación del derecho a defensa³⁰. A nivel legal, el Código Procesal Penal dota de contenido el derecho de confrontación, a través del reconocimiento de una serie de facultades de la defensa. El artículo 290 otorga la posibilidad de incidentar inmediatamente y de que el tribunal resuelva enseguida lo planteado; el artículo 325 obliga al presidente del Tribunal a advertir al acusado que deberá estar atento a lo que oirá; a su vez, el artículo 329 señala la posibilidad de interrogar personalmente a los peritos y testigos,

²⁹ DUCE, Mauricio. "El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado". Polít. crim. Vol. 9, Nº 17 (Julio 2014), Art. 4, pp. 118-146. Pág 123.

³⁰ **SCS 2866-2013. Cons. 16:**

Que, aplicando estos conceptos al caso en estudio, es posible advertir que el Tribunal Oral en lo Penal de que se trata incurrió de manera sustancial en violación de las garantías constitucionales que aseguran el respeto al debido proceso, toda vez que la decisión de condena aparece como consecuencia de la posición desventajosa en que quedó la defensa, a consecuencia de privársele del derecho a conocer íntegramente la prueba de cargo, a confrontar y controvertir las afirmaciones de los testigos de los acusadores y a valerse de cualquiera prueba de descargo.

Cons. 20: Que en relación con la posibilidad de confrontar a los testigos y peritos con sus propias declaraciones rendidas en el juicio oral anterior, anulado, y que fuera denegada por el tribunal, constituye, a juicio de la recurrente, una grave infracción a su derecho a defensa porque, según expresa, tanto dos de las víctimas, como el facultativo perito del Servicio Médico Legal Enrique Roncone Ditzel, evidenciaron diferencias importantes, tanto sobre el delito que se atribuye al imputado como de la supuesta experticia y validez del testimonio del facultativo. Explica la defensa que al impedirle confrontar tales nuevas versiones con las previas, se le ha negado el derecho a evidenciar inconsistencias y contradicciones que representan mermas a la credibilidad de esos deponentes y que necesariamente debieron ponderarse en la sentencia.

Sobre este tópico resulta útil recordar que son obligaciones de los testigos y peritos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 298 del Código Procesal Penal, comparecer, declarar y decir la verdad sobre lo que se le preguntare, lo que supone, decir la verdad y no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración.

Asimismo, en el artículo 330 de ese mismo cuerpo normativo, se contempla la facultad de los intervinientes para que, durante el contrainterrogatorio, puedan confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio. En el caso, como se advierte, se autoriza a las partes a realizar la confrontación con los propios dichos del interrogado, sin limitación alguna, o bien, para hacerlo con otras versiones o hechos presentadas en el juicio.

Por último, los artículos 331 y 332 del Código Procesal Penal contemplan algunas situaciones en que se autoriza a los intervinientes a reproducir declaraciones diversas, entre las que se cuenta la posibilidad de leer en el interrogatorio parte o partes de las declaraciones anteriores de un testigo prestadas ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía, todo ello con el propósito de ayudar su memoria, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes".

prohibiendo la lectura de registros; el artículo 330 permite confrontar a los peritos y testigos con sus propios dichos u otras versiones presentadas en juicio y; el artículo 332 permite confrontarlos con sus declaraciones o informes anteriores, para demostrar o superar contradicciones. Esto pone de manifiesto que las reglas que fijan la forma operativa en que debe desarrollarse el juicio oral, en relación a la rendición de la prueba testimonial y pericial, están fundadas en una posibilidad constante de controlar la información que de ellos emana, por parte de la defensa. Como generalmente lo expresan doctrina y jurisprudencia, la defensa debe tener siempre la posibilidad de controlar la prueba de cargo. No hacerlo transgrede el núcleo esencial del debido proceso y del derecho a defensa, constituyendo una hipótesis de nulidad del artículo 373 a) del CPP.

De hecho, y confirmando la necesidad de producción presencial de este tipo de prueba, nuestro ordenamiento procesal ha tratado de un modo absolutamente excepcional, la posibilidad de que existan elementos probatorios que puedan ser analizados por el tribunal oral, a través de una videoconferencia. Explícito es el artículo 308 al autorizar la posibilidad de que un testigo declare de esta forma cuando exista un caso grave y calificado que implique la necesidad de disponer de alguna medida especial para resguardar la seguridad del testigo. Por lo tanto, un testigo sólo puede declarar a través de videoconferencia cuando existe un caso grave y calificado que haga al tribunal presumir que existe riesgo para la integridad física, psíquica o de la vida del testigo que depondrá en juicio. De lo contrario, la declaración por videoconferencia está vedada en nuestro sistema.

La segunda posibilidad que otorga el Código Procesal Penal, es aquella regulada en el inciso 7° del artículo 329. En este caso, la posibilidad de que un testigo o perito pueda deponer en juicio a través de videoconferencia, se restringe únicamente a casos donde existan motivos que copulativamente deben ser graves y difíciles de superar y, en ese caso, la posibilidad se presenta únicamente luego de que sea autorizado en una audiencia especialmente fijada para tal efecto y declarando únicamente desde otro tribunal con competencia en materia penal.

La otra situación que autoriza a que un testigo no declare presencialmente en un juicio oral, es la denominada prueba anticipada. El artículo 191 CPP, autoriza a que un testigo declare anticipadamente únicamente cuando le sea imposible concurrir a la audiencia de juicio y, para ello, los motivos son taxativos: tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante. Incluso en este caso, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral. Las otras posibilidades de prueba anticipadas son las previstas en el artículo 191 bis, respecto de menores de edad víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal y, finalmente, de testigos que deban declarar desde el extranjero, artículo 192.

Como queda de manifiesto, la posibilidad de que un testigo o perito no declare físicamente en la audiencia de juicio oral son extremadamente limitadas, y restringidas a

situaciones graves que así lo ameriten. Respecto de la declaración del imputado, de forma no presencial, esta no está contemplada en el Código Procesal Penal. Luego, la transformación de estas excepciones en la regla general no parece compatible ni con la noción de debido proceso diseñada para el sistema acusatorio ni con las exigencias constitucionales del Derecho a defensa.

Además de lo anterior, no puede dejar de entenderse como parte integrante del derecho de confrontación y, por lo tanto, como una evidente manifestación del debido proceso y el derecho a defensa, la posibilidad de contraexaminar testigos y peritos. La tradición jurídica del *common law*, ha sentado como piedra angular de sus sistemas procesales, el derecho al contraexamen. Especialmente relevantes sobre este asunto resultan los pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por dos motivos. El primero, porque el hecho de que la sexta enmienda³¹ de la Constitución de ese país reconozca derechamente el derecho a confrontar a los testigos de cargo, ha implicado que las decisiones sobre esta materia hayan versado estrictamente sobre el ajuste a la Carta Fundamental, en aquellos casos en que se ha intentado limitar. El segundo, porque en ese contexto, se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la sexta enmienda, con la posibilidad de que los testigos declaren en un juicio penal, a través de videoconferencia.

Cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos debió pronunciarse acerca de la posibilidad de una modificación legal de la regla 26 (b) de las Reglas Federales de Procesos Criminales³², para efecto de poder incorporar las videoconferencias como forma de deposición de testigos, fue bastante clara al señalar que dos individuos que se miran a través de pantallas de televisión, simplemente no se están confrontando físicamente, cara a cara, sin importar lo que aparezca en la pantalla. La Constitución les asegura a los acusados más que simplemente mirar a los testigos que declaran en su contra. Como la videoconferencia falla al momento de otorgar una verdadera confrontación, esta no se ajusta a la sexta enmienda y debe ser estrictamente limitada en los procesos penales federales.³³

Esto se enmarca en la relevancia que ese tribunal le ha asignado al contraexamen, como la mejor herramienta legal que jamás ha sido inventada para descubrir la verdad.³⁴

También se ha señalado que la cámara y, en consecuencia, la videoconferencia no es capaz de percibir muchos de los detalles que serían evidentes en caso de que el testigo estuviera presente ante el tribunal. En el mismo sentido, se ha indicado que es de fundamental

³¹ Sixth Amendment: *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense.*

³² Véase, Anthony Garofano, *Avoiding Virtual Justice: Video-Teleconference Testimony in Federal Criminal Trials*, 56 *Cath. U. L. Rev.* 683 (2007). Pág. 699.

³³ Craig, 497 U.S. at 850 ("*[A] defendant's right to confront accusatory witnesses may be satisfied absent a physical, face-to-face confrontation at trial only where denial of such confrontation is necessary to further an important public policy and only where the reliability of the testimony is otherwise assured.*").

³⁴ *Lilly v. Virginia*, 527 U.S. (1999); *California v. Green*, 399 U.S. (1970).

importancia evitar el reconocimiento o implicación errónea de un acusado, por parte de un testigo y, la forma más eficaz, es la confrontación cara a cara³⁵.

Más recientemente, el máximo tribunal norteamericano se ha pronunciado claramente señalando que el principal objetivo del derecho de confrontación, es asegurar la confiabilidad de la evidencia. Esto, es una garantía procedimental, no sustancial. Obliga, no a que la evidencia (la declaración) sea confiable, sino que su confiabilidad sea evaluada de una forma particular: siendo puesta a prueba a través del contraexamen. Luego, ahí donde la declaraciones de testigos están en juego, el único indicio de su confiabilidad que satisface el estándar constitucional, es aquel que la Constitución efectivamente prescribe: la confrontación.³⁶

Como indica Duce *“Se podrá observar que la posibilidad de lograr estos objetivos supone que el acusado disponga de un conjunto de herramientas que permitan darle la oportunidad plena y efectiva de interrogar a los testigos y peritos adversos. Para cumplir con la función que el sistema acusatorio le asigna al contraexamen, consiguientemente para satisfacer el derecho a confrontación, no basta con la simple posibilidad que se permita al acusado hacer preguntas, sino que se debe regular un conjunto de supuestos para que esa posibilidad de interrogar ofrezca una oportunidad seria de cuestionamiento a la declaración del testigo o perito. Un riesgo de interpretación formalista de esta garantía es el entender que el derecho se satisface con la sola oportunidad de hacer preguntas de contraexamen. La garantía exige bastante más que aquello, ya que se necesita no sólo una oportunidad sino que esta sea plena y efectiva”*.³⁷

Siendo el derecho de confrontación una garantía propia del debido proceso y del derecho a defensa, ya sea que se le reconozca directamente a través del artículo 19 N° 2 y 3 inciso sexto de la Carta Fundamental o, integrando los Tratados Internacionales de derechos Humanos a través del artículo 5°, lo cierto es que el derecho a confrontar a los testigos y peritos, es de rango constitucional.

6. Sobre las exigencias del juzgamiento en un plazo razonable y su repercusión en estas cuestiones.

Por otro lado, y esta es una cuestión fundamental, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable —que podría pensarse impera para justificar la continuidad de los procesos intentando no suspenderlos— es una garantía que en favor del imputado han establecido los tratados internacionales. En particular, se consagra en los artículos 7.5 y 8.1 CADH y 14.3 c) del PIDCP. Sus justificaciones se refieren principalmente a los efectos perniciosos que genera en la persona acusada o imputada, el sometimiento a medidas cautelares de extrema gravedad, en particular, la prisión preventiva. También, dice relación con la posibilidad de que el Estado pueda imponer

³⁵ Maryland v. Craig, 497 U.S. (1990).

³⁶ Crawford v. Washington, 541 U.S. (2004)

³⁷ DUCE, Mauricio. “El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado”. Polít. crim. Vol. 9, N° 17 (Julio 2014), Art. 4, pp. 118-146. Pág 129.

una pena que no se desvincule temporalmente en demasía del hecho acreditado que la justifica. Además, se construye indefectiblemente en base a la posibilidad de que los ciudadanos puedan defenderse adecuadamente frente a la imputación de responsabilidad penal.

Esta última consideración es la que resulta relevante bajo el prisma de análisis de este informe, toda vez que, desde el punto de vista de los elementos probatorios de descargo, no todos son capaces de revestir el embate del tiempo, ni la erosión en la fiabilidad de la información que proveen.

Como el derecho a ser juzgado en un plazo razonable es una garantía del imputado, de cara al *ius puniendi*, esta no puede ser interpretada en su contra. Así lo ha afirmado recientemente la Corte Suprema, al conocer de acciones constitucionales de amparo, *"el derecho a ser juzgado en un plazo racional y justo, como garantía fundamental de las personas debe considerarse a la luz de los intereses de las personas y no en su contra, no siendo suficiente para fundarlo la mera eficacia del sistema de persecución"* (SCS 69871-2020). *"La decisión de la jueza recurrida resulta desproporcionada, desde que solo atiende a razones de eficacia de la persecución penal y seguridad de la víctima, sin poner sobre la balanza, por una parte, que la celeridad, como principio, es un componente del derecho de todo imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable y prudente, prerrogativa que debe ser analizada a la luz de sus específicos intereses y no en su contra, otra cosa es la mera eficacia del sistema de persecución que, atendidas las circunstancias actuales, no presenta la relevancia que se le asigna en tiempos normales"* (SCS 63444-2020, al confirmar SCA Concepción 135-2020).

Esta perspectiva de análisis asumida por la Corte Suprema, es precisamente la que debe comprender la cuestión sometida a consideración. Sin perjuicio de que las sentencias transcritas dicen relación con la mantención o dictación de medidas cautelares, lo relevante es que se pone de manifiesto que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable jamás puede operar como un argumento contra reo. Un juicio oral, por muy oportuno y expedito que sea, no satisface el estándar constitucional del debido proceso y el derecho a defensa, si no garantiza cabalmente las garantías mínimas para su realización.

Por otro lado, el Acta 53 de la Corte Suprema es clara al indicar que las contingentes modalidades de funcionamiento de los tribunales de justicia, responden a la necesidad de asegurar el servicio judicial, pero no a la oportunidad en que se fija la audiencia de juicio oral en casos particulares. Por lo mismo, el retardo en algunos meses para la realización de una audiencia de juicio oral, jamás puede justificar la afectación de las garantías del justiciable, ni el debido proceso, ni el derecho a defensa.

Por lo mismo, cualquier argumentación en base al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, como forma de justificar la realización de un juicio por videoconferencia, cuando el acusado no ha consentido en ello, es derechamente lógica y teleológicamente falaz, además de incompatible con la Constitución Política.

7. Sobre la reserva legal como estructura de legitimación democrática del debido proceso

Como hemos adelantado, el consenso forzoso en el modo de obtención de la decisión penal, legitima su contenido y su coercibilidad. En razón de ello es ineludible que la regulación de dicho procedimiento esté completamente entregado a la ley, que es la estructura democráticamente legitimada por antonomasia.

En razón de esto, el principio de reserva legal tiene plena aplicación respecto de los procedimientos penales, esto implica que las reglas que regulan el contorno acerca de la realización de un juicio oral, que se encuentra sometido a la vigencia del Código Procesal Penal, sólo puede ser modificado por una norma de rango legal. Esto fluye de la propia regla constitucional del artículo 63.

Si la posibilidad de determinar nuevas normas que autoricen la realización de una audiencia de juicio oral a través de videoconferencia se estima como una de aquellas materias sometidas al artículo 77 de la Constitución, estas requieren de una Ley Orgánica Constitucional, previo informe de la Corte Suprema. En otras palabras, si se estima que las reglas que autorizan la realización de un juicio oral a través de videoconferencia son de aquellas leyes que determinan atribuciones de los tribunales para la pronta administración de justicia, estas quedan cubiertas por la exigencia del artículo 77, es decir, requieren de Ley Orgánica Constitucional, por mandato del artículo 63 N° 1 CPR.

En el mismo sentido, normas que autoricen a que un juicio se realice de forma no presencial o semipresencial, requerirían de la modificación del Título III del Libro Segundo del CPP. La creación de normas que fijen un nuevo marco para la realización de un juicio virtual, es decir, que autoricen la realización de un proceso penal no contemplado en el CPP, quedan bajo el alero de la regla constitucional del N° 3 del artículo 63 CPR. Necesariamente, requerirían de la dictación de una norma de rango legal. Regular este tipo de procedimientos objeto de la estricta codificación del CPP, requiere del respeto de la reserva de ley.

Finalmente, incluso si se llegara a la conclusión de que la determinación sobre la realización de un juicio oral cuyas normas no se encuentran previstas en el CPP y, por lo tanto, no queda cubiertas ni por la regla constitucional del N° 3 del artículo 63 ni por tratarse de una materia de LOC según el artículo 77 ambas de la Carta Fundamental, caben pocas dudas de que caerían en la hipótesis del artículo 63 n° 2, relativo a las garantías procesales del justiciable. Las garantías procesales del justiciable son de rango constitucional, por lo tanto, cualquier regulación de las mismas (y en caso alguno su limitación), debe ser objeto de una ley propiamente tal. Esto es indiscutible y se deriva del propio texto del artículo 19 N° 3 CPR, lo que es reafirmado por el N° 2 del artículo 63.

Lo anterior es tan evidente, que para efecto de que el Poder Judicial pudiera hacer frente al Estado de excepción constitucional, producto de la pandemia COVID-19, se requirió de la dictación de la Ley 21.226, para efecto de poder adaptar el Sistema de Justicia a los embates de

la contingencia y no dejar a los ciudadanos en la indefensión. Para ello, básicamente estableció la posibilidad de suspender audiencias, plazos y actuaciones judiciales.

Las materias reguladas por este cuerpo legal eran de tal relevancia, que sus artículos 1 y 3 fueron sometidos al Control preventivo de Constitucionalidad, en la medida en que el propio Tribunal Constitucional estableció que eran materia de Ley Orgánica Constitucional.

A su vez, luego de la entrada en vigencia de este cuerpo legal, que abrió la posibilidad a suspender audiencias en todos los ámbitos jurisdiccionales, la Corte Suprema debió adecuarse a lo establecido en la Ley 21.226, para ello, dictó el Acta 53.

8. Sobre los alcances del Acta 53 de la Corte Suprema

La denominada Acta 53 es un auto acordado, que ha regulado el funcionamiento del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria. Tal como se expresa en el considerando tercero, tiene por objeto convertirse en *“un texto refundido que coordine la legislación vigente y recoja la experiencia práctica acumulada durante estos últimos días, con los requerimientos que respondan al imperativo constitucional de ofrecer una pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República, considerando el régimen de excepción constitucional vigente.”*

Para ello, conjuga lo que previamente había sido dispuesto en las actas 41, 42 (que deroga) y 51, además de la recientemente dictada Ley N° 21.226.

A su vez, el considerando segundo expresa que este texto refundido se construye *“Ante la necesidad de adoptar medidas que, en función del resguardo de la salud pública, se concilien con la continuidad del servicio judicial y que permitan enfrentar y superar las contingencias que la pongan en riesgo”*.

Luego, este auto acordado se estructura en base a los siguientes principios rectores, en este orden de prevalencia: protección de la vida y salud pública; acceso a la justicia, transparencia y continuidad del servicio judicial; resguardo de los derechos de personas en situación de vulnerabilidad; debido proceso y; utilización de medios electrónicos. En esta línea, se puede afirmar que, para lo que aquí interesa, los principios se estructuran de la siguiente forma:

Siempre deben privilegiarse la vida y la salud de las personas para determinar el funcionamiento de los tribunales en este Estado de excepción constitucional. Este último no puede constituir un obstáculo en el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, ni a la continuidad del servicio judicial. Debe darse resguardo prioritario a personas en situación de vulnerabilidad. Luego, señala en el artículo 5°:

*“Debido proceso. El Poder Judicial **cautelará en todas sus actuaciones guardar el debido proceso de ley y sus garantías esenciales.** Este imperativo debe regir para toda la labor de los tribunales, **incluso cuando emplea los mecanismos de teletrabajo a que refiere***

el Acta N° 41-2020, constituyendo éste un límite para el desarrollo de actuaciones que se realicen mediante esta vía, en los términos del artículo 3 y 10 de la ley N° 21.226.”

Y, a renglón seguido, incorpora el artículo 6°:

“Utilización de medios electrónicos. Para asegurar el acceso a la justicia, el debido proceso y resguardar la salud de las personas, el Poder Judicial procurará utilizar todos los medios tecnológicos con que cuente, privilegiando su utilización flexible, actualizada y oportuna, siempre y cuando no constituya un obstáculo al ejercicio de los principios básicos que se han enunciado, y se respete plenamente los derechos de los intervinientes y partes, y las disposiciones del artículo 10 de la Ley N° 21.226”.

En resumen, la Corte Suprema, mediante el auto acordado, otorga la posibilidad de que, con miras al resguardo de la vida y salud de las personas, el acceso a la justicia, la transparencia y la continuidad en el servicio judicial, se utilicen medios electrónicos. El límite viene dado por el debido proceso. Cautelarlo es un imperativo en todas las actuaciones que lleven a cabo los tribunales de justicia, incluso cuando operan a través de los mecanismos de teletrabajo, constituyéndose los artículos 3 y 10 de la Ley 21.226 en un límite para la realización de las actuaciones a través de medios electrónicos.

A su vez, los artículos 3 y 10 de la Ley N° 21.226, limitan las actuaciones judiciales por medios electrónicos de la siguiente forma:

El artículo 3, indica que;

“los tribunales ordinarios y especiales no podrán decretar diligencias ni actuaciones judiciales que, de realizarse, puedan causar indefensión a alguna de las partes o intervinientes” [...]

Se entenderá que se deja a las partes o intervinientes en la indefensión cuando no se cumplan las normas del debido proceso, en los términos del inciso segundo del artículo 1.

Este último precepto dispone (artículo 1 inciso 2°) que:

“las audiencias no podrán realizarse, por faltar a la bilateralidad, la contradictoriedad, la apreciación de la prueba, el impulso procesal de las partes, la publicidad y otras garantías básicas del debido proceso, contempladas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Y, finalmente, el artículo 10 de la Ley 21.226 señala que

“En los casos en que, conforme a las disposiciones de esta ley, un tribunal disponga proceder en forma remota, deberá tomar todas las medidas necesarias que aseguren las condiciones para el cumplimiento de las garantías judiciales del proceso, contempladas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Al mismo tiempo, el artículo 5 del Acta 53, al fijar el principio del debido proceso, establece expresamente que, este derecho fundamental y las garantías que de él derivan, rigen como imperativo también cuando la audiencia o actuación se realiza a través de los mecanismos previstos en el Acta 41.

Por su parte, el auto acordado denominado Acta 41 regula la realización del teletrabajo por parte de los funcionarios del Poder Judicial. Expresamente, dedicó un título a la aplicación de la videoconferencia a partir del artículo 25.

El artículo 25, supedita la realización de las audiencias, a través de videoconferencia a: la manifestación voluntaria y oportuna del sujeto procesal a comparecer a través de este medio (inciso primero). El inciso final es cristalino en su redacción: **“El tribunal no podrá obligar a las partes a participar de un alegato o audiencia mediante videoconferencia.”**

Luego, el artículo 29 establece una regla especial para personas privadas de libertad:

“En las audiencias en las cuales deba asistir una persona privada de libertad, cualquiera sea la calidad en que participe, sea como demandante, demandado, imputado, testigo, etc., el tribunal podrá determinar, con acuerdo de las partes o intervinientes, que su participación se realice a través de videoconferencia.”

En consecuencia, según la regulación de la Excma. Corte Suprema, a través de la Actas 53 y 41, **una audiencia de juicio oral, a través de videoconferencia sólo puede realizarse cuando se dan, de forma copulativa los siguientes requisitos.**

1.- Existe acuerdo de los intervinientes y del imputado, especialmente si este último se encuentra privado de libertad. [arts. 25 y 29 Acta 41]

2.- No existe indefensión de los intervinientes debido a alguna restricción a la contradictoriedad u otras garantías básicas del debido proceso durante la audiencia [arts. 1 inciso 2º; 3 y 10 Ley N° 21.226 y arts. 5 y 6 Acta 53].

El acta 53 y la Ley 21.226 parecen conjugarse perfectamente, en la medida en que ambos cuerpos normativos, adaptan el funcionamiento de los tribunales de justicia a la contingencia sanitaria, poniendo el foco en la continuidad del servicio judicial, el acceso a la justicia, la protección de la vida y la salud de los operadores del sistema. Todo esto, estructurado a partir de una médula común: el respeto al debido proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, las regulaciones que han adoptado los propios tribunales de justicia, para efecto de llevar a cabo las actuaciones judiciales que les son propias, en cumplimiento de ambos cuerpos normativos, son incompatibles con los mismos, cuando se trata de llevar a cabo audiencias de juicio oral a través del sistema de videoconferencia.

Un tribunal que dispone la realización de un juicio oral a través de videoconferencia, se arroga facultades que no le ha otorgado la Constitución, ni las leyes, ni tampoco el Acta 53 de la Corte Suprema. Incluso si existiera la posibilidad de realizar un juicio de esta naturaleza sin la dictación de nuevas normas de rango legal, el protocolo del respectivo Tribunal oral en lo penal, debiera, necesariamente contemplar como requisito ineludible el acuerdo de todos los intervinientes [arts. 25 y 29 Acta 41] y el aseguramiento de que no se produce alguna restricción al debido proceso [arts. 1 inciso 2º; 3 y 10 Ley N° 21.226 y arts. 5 y 6 Acta 53], esto último, parece imposible.

9. Sobre el estándar de impedimento del inciso 2º del art 9 de la ley 21. 226.

A partir de las consideraciones anteriores ya es posible hacer algunas afirmaciones que servirán de base para confrontar las exigencias del debido proceso con el estándar establecido en el inciso 2º del artículo 9 de la ley 21.226.

Hemos afirmado que las sentencias emanadas de un tribunal oral en lo penal resolviendo un juicio oral cumplen una doble función, por una parte resolver la suerte del justiciable, por la otra fijar la forma del derecho chileno vigente. Por esta razón, el proceso penal cumple una función legitimatoria imprescindible respecto de la respectiva decisión. Su aporte legitimatorio consiste en hacer vinculante la sentencia por haberse sometido a un proceso establecido legalmente de un modo previo, con exigencias de racionalidad y justicia, que descansa en el consenso democrático de los intervinientes en la forma de obtención de la decisión. Ese consenso forzoso en el modo de obtener la sentencia (así como en el modo de impugnarla y hacerla ejecutar) es la que dota de legitimidad dicha resolución.

El estándar del debido proceso, por las razones apuntadas más arriba, se ha construido sobre el imperativo de una presencia física real de los intervinientes y sólo por excepción ha tolerado comparecencias remotas o en tiempos distintos de aquellos en que se lleva a cabo la respectiva audiencia.

Del mismo modo, el artículo 9 de la ley 21.226 ha establecido la posibilidad de que las audiencias o vistas de la causa sean suspendidas a solicitud de cualquiera de las partes alegando cualquier impedimento relativo a la calamidad pública o emergencia sanitaria sin calificación de la intensidad del impedimento. Esto es perfectamente coherente, pues, como hemos dicho, es imprescindible que se mantenga el consenso forzoso en la forma de llevar adelante el proceso

y la solicitud de cualquiera de las partes de su suspensión es una muestra de falta de aquiescencia en la forma alternativa de proceder.

Sin embargo, el inciso segundo del mismo artículo establece que en los casos en que haya una persona privada de libertad, el impedimento que haya de alegar la parte debe ocasionar una obstaculización absoluta, esto es, completa, de sus derechos procesales. Resulta relativamente visible que este estándar de impedimento para fundar la suspensión es incompatible con las exigencias del debido proceso. En términos simples, resulta evidente que en caso de haber impedimentos absolutos para el ejercicio de los derechos procesales de las partes, la audiencia no puede llevarse a cabo, sea cual sea la naturaleza de dichos impedimentos. Ningún proceso penal superaría el estándar del debido proceso si algún interviniente no puede por razón alguna desplegar sus derechos procesales de un modo absoluto. El problema, por lo tanto, o se encuentra ahí, si no en el caso de los impedimentos no absolutos pero marcadamente intensos que no justifican una suspensión. Y la pregunta es fundamental porque de ella depende la respuesta a la siguiente pregunta: ¿Es legítimo un proceso penal en que una de las partes ha visto severamente dificultado el ejercicio de sus derechos procesales aunque no haya alcanzado a constituir un impedimento absoluto? O lo que es lo mismo, ¿cumple con el estándar de debido proceso que una audiencia pueda suspenderse sólo cuando alguna de las partes tiene impedimentos absolutos para ejercer sus derechos? A ambas preguntas la respuesta debe ser «no».

De este modo, en un afán taxonómico simple, los impedimentos que la emergencia por covid-19 puede presentar, al menos desde una perspectiva lógica, podrían calificarse de las siguientes maneras: (1) Impedimentos triviales o meras dificultades; (2) impedimentos relevantes; (3) impedimentos intensos y (4) impedimentos absolutos. El inciso 2º del artículo 9 solo reconoce a estos últimos la capacidad de suspender una audiencia o vista de la causa cuando haya una persona privada de libertad. Sin embargo, es relativamente visible que un proceso en que una de las partes ha tenido impedimentos de los establecidos en (2) y (3) carece del acervo de legitimidad necesario para afirmar su compatibilidad con el estándar de debido proceso exigido por la constitución Política.

10. Conclusiones

- a. Se ha consultado sobre la compatibilidad de las exigencias constitucionales del debido proceso en el sistema penal acusatorio con el estándar de suspensión que ha exigido el inciso 2º del artículo 9 de la ley 21.226.
- b. Para contestar esta cuestión se ha hecho necesario revisar la función que cumple el proceso penal en la legitimación de las decisiones del sistema penal y las condiciones que se han establecido para garantizar dicha legitimación.

- c. Al mismo tiempo, se han revisado los contenidos mínimos de legitimación del sistema acusatorio a la luz de las exigencias de la C.P.R. y las eventuales afectaciones que podrían sufrir al realizarse audiencias remotas, concluyendo que la realización de ellas es en general incompatible con dichas exigencias de modo que la solicitud de suspensión por cualquiera de las partes debe ser atendida.
- d. Que sólo cuando hay consenso en la realización de las respectivas audiencias o vistas, reafirmando el consenso forozo en el modo de obtener la decisión penal, dichas audiencias o vistas pueden realizarse sin infracción al debido proceso.
- e. Que el estándar de suspensión establecido por el inciso 2º del artículo 9 de la ley 21.226, por tanto, no satisface las exigencias del debido proceso, pues puede permitir que se realicen audiencias o vistas de las causas aunque los intervinientes deban soportar impedimentos muy intensos (pero no absolutos) en el ejercicio de sus derechos procesales.

Es todo cuanto puedo informar,



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia