

VALORACIÓN EN EL JUICIO ORAL DE DECLARACIONES PREVIAS DE IMPUTADOS, TESTIGOS Y PERITOS¹

Autores:

Sergio Enrique Allende Cabeza *

Óscar Alfredo Castro Allendes **

1.- Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar algunas de las normas que constituyen una excepción a los principios de inmediación y oralidad en la recepción de la prueba y que impactan directamente en el proceso de valoración de su contenido, específicamente los artículos 331, 332 y 334 del Código Procesal Penal. De esta forma, se pretende examinar la valoración del producto narrativo que se obtiene de la incorporación de las declaraciones anteriores a la audiencia de juicio oral, explicitadas en el artículo 331 del citado código, y que ingresan a aquel como medios de prueba. Por otro lado, resaltar que el acudir al ejercicio de refrescar memoria o aclarar los dichos del testigo, o dejar en evidencia una contradicción, no es una actividad mecánica cuyo producto sea siempre el mismo, sino que va a depender de otros factores, verbigracia, la información que aporte espontáneamente el deponente, la cantidad de veces que se haga uso de la herramienta, o en fin, qué tipo de dato se obtiene de la consulta y su vinculación con la hipótesis de cargo o de descargo. Finalmente, determinar el sentido y alcance de la norma del artículo 334 del referido estatuto normativo, ya que hace referencia a los dos artículos antes mencionados.

2.- ¿Qué significa valorar la prueba?

El análisis de las normas referidas exige, como actividad previa, precisar el concepto de “valoración de la prueba”. Si bien este concepto es utilizado comúnmente por la doctrina y la jurisprudencia, el mismo no es del todo preciso, porque lo que se pondera de los medios probatorios es la información que estos proporcionan acerca de un determinado enunciado fáctico, o sea, el contenido y no su fuente. Lo anterior no obsta a la existencia de medios que permiten determinar la credibilidad o la idoneidad de la fuente de la información, como en el caso de testigos y peritos, en que la valoración recae justamente en la persona que expone o da cuenta de un informe.

Pese a lo antes señalado, para efectos de este estudio, se seguirá empleando la denominación acostumbrada, con el propósito de facilitar el análisis.

*Juez Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua

**Juez Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua

¹ El presente estudio se realizó por los jueces Sergio Allende Cabeza y Óscar Castro Allendes como Trabajo Final, luego de haber participado del **Grupo de Reflexión la Prueba 2022**, dirigido por los profesores Flavia Carbonell y Rodrigo Coloma.

En esta dirección, la doctrina señala que la valoración de la prueba se corresponde con uno de los momentos de la actividad probatoria en el proceso, en que se distingue: “a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de esos elementos; y c) propiamente, la adopción de la decisión”².

Por su parte el tratadista italiano Michelle Taruffo explica que: “La valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. La valoración pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo, en qué grado”³.

En concordancia con la tesis antes expuesta, el profesor Daniel González Lagier sostiene: “Es, pues, en los casos en los que el juez es libre para examinar si los elementos de juicio permiten avalar la hipótesis, y en qué grado, en los que hablamos con propiedad de valoración de la prueba”⁴.

De acuerdo con lo antes expuesto, podemos definir “valoración de la prueba” como aquella actividad consistente en determinar la idoneidad o aptitud que tiene un medio probatorio para acreditar una determinada hipótesis.

El proceso de valoración de la prueba va a depender del sistema adoptado por el respectivo ordenamiento jurídico, sea este el de prueba legal o tasada, o el modelo de valoración racional, de libre valoración o conocido más frecuentemente como sistema de la sana crítica. Si se trata del primer sistema mencionado, la valoración de la prueba viene preestablecida por el legislador, debiendo el adjudicador ceñirse a tales reglas.

Esta distinción ha sido explicada en los siguientes términos: “También esa valoración puede estar guiada jurídicamente y hasta puede el derecho imponer un determinado resultado probatorio. Estaremos, en ese caso, ante un sistema de prueba legal o tasada (que puede ser más o menos estricto). Ahora bien, si el sistema jurídico prevé para el caso la libre valoración de la prueba, entonces deberá valorarse el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto. Con ello, deberá obtenerse un resultado que nos permita saber el grado de confirmación del que dispone cada una de esas hipótesis”⁵.

En el proceso o mecanismo de valoración, bajo el prisma del principio de libre valoración, tal como se menciona en la cita antes referida, puede distinguirse, a su vez, un análisis individual de la prueba y otro de carácter conjunto, los que se han denominado “modelos atomistas o analíticos” y “modelos holistas”. Así, se ha escrito que: “si la valoración

2 FERRER (2007), p. 41.

3 TARUFFO (2008), p. 132.

4 GONZÁLEZ (2020), p. 82.

5 FERRER (2007), p. 45.

individual consiste en la determinación de la fiabilidad, pertinencia y otros aspectos de cada una de las pruebas, la valoración conjunta consiste en (a) la construcción de un razonamiento, argumento o inferencia —al que llamaremos inferencia probatoria— que, partiendo del conjunto de los datos probatorios o elementos de juicio, trata de establecer la hipótesis acerca de cómo ocurrieron los hechos que se enjuician, y (b) en la determinación del grado de “solidez” o corrección de esta inferencia”⁶.

Uno de los enfoques que adopta en Chile la docente Daniela Accatino, para realizar un paralelo entre las dos formas de análisis señaladas (atomismo y holismo), es aquel referido a los diversos momentos del razonamiento probatorio, particularmente al que dice relación con la etapa de decisión del tribunal. A su vez, la autora diferencia en dicho estadio, entre las “concepciones del juicio de valoración de la fuerza probatoria de las pruebas disponibles” y las “concepciones del juicio de suficiencia de las pruebas de acuerdo al estándar de prueba aplicable”⁷.

Si bien esta última distinción se puede realizar para efectos metodológicos, se debe tener presente que, durante el proceso de valoración, no se puede perder de vista una de las funciones de los estándares de prueba, específicamente la “heurística”, de forma tal que el establecimiento de la aptitud y de la suficiencia de la prueba, aparecen indisolublemente unidas. Esto es así, ya que no es posible concebir la actuación de determinación de la fuerza probatoria de un medio de prueba en forma aislada, o sea, sin una finalidad que no es otra que la toma de decisión por parte del juez, de manera tal que el ejercicio se completa con la fijación del grado de suficiencia del mismo medio de prueba en relación con el hecho a probar.

Conforme con lo expuesto y las diferencias anotadas, el examen que se realizará, se corresponde con uno de carácter analítico.

3.- Análisis del artículo 334 del Código Procesal Penal

El artículo 334 del Código Procesal Penal prohíbe incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura en el juicio oral a los registros y demás documentos que diere cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la Policía o por el Ministerio Público, salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332.

La referida prohibición se sortea cuando se requiera aclarar, superar contradicciones o refrescar la memoria de un testigo y/o un perito, actividades que se verificarán con la técnica establecida en el 332 o cuando se den los supuestos del artículo 331. Este último artículo establece, por su parte, la posibilidad de reproducir en el juicio oral declaraciones vertidas antes del mismo e incorporarlas a él como medios de prueba. Estos últimos preceptos se analizarán con mayor detenimiento más adelante, para establecer el valor probatorio en juicio de la prueba incorporada vía artículo 331 o la utilización de la

⁶ GONZÁLEZ (2022), p. 355.

⁷ ACCATINO (2014), p. 21.

herramienta del 332, aunque desde ya se adelanta que la norma del artículo 331 en relación con el 334 tiene una aplicación e interpretación muy restrictiva en la doctrina nacional.

A propósito de lo expresado últimamente, los autores Mauricio Duce y Cristián Riego en su obra *Proceso Penal*, a propósito de los Registros de las Etapas Previas, señalan lo siguiente: “... *en varias legislaciones existen reglas que sólo permiten valorar los registros leídos públicamente durante la audiencia, a su vez restringen esa lectura a ciertas hipótesis determinadas, que tienen que ver con la imposibilidad de contar con la prueba directa o con un uso en el contexto de la presentación de la prueba directa... Con todo, a la vez el CPP admite ciertas hipótesis de prueba anticipada, pero cuya introducción a juicio es restringida (véase el artículo 331 a)*”⁸.

La regla general explicitada en el artículo 334 obedece a la idea de eliminar del juicio oral todo vestigio de lo obrado durante la investigación, para que el primero no se transforme en buenas cuentas en una reproducción de partes, de diligencias de investigar y de otros documentos originados en una etapa tan primaria y desformalizada como la etapa de investigación. Esto, porque el legislador procesal penal privilegia el enfrentamiento personal entre el declarante y los jueces del Tribunal de Juicio Oral, en términos que estos aprecien de primera fuente cómo se verificaron los hechos y cómo los captaron quienes declaran. No es su voluntad que esa información sea mediatizada en un papel o documento, sino que brote espontáneamente de quien estuvo allí, presenciando los hechos o bien porque los escuchó de terceros. Esto no significa que lo obrado en el curso de la investigación carezca de importancia y que esté únicamente destinada a recopilar nombres de testigos y peritos que han de declarar en sede judicial. No. La necesidad de contar con las declaraciones de los testigos o de los peritos antes del juicio oral tiene otra finalidad: permite controlar que quienes declararán como tales en la audiencia mantengan, en lo sustancial, lo que vieron o apreciaron cuando ocurrieron los hechos y esto guarde relación con el tenor de sus narrativas consignadas en los registros durante el curso de la investigación. Tal registro es la herramienta esencial con que cuenta la defensa de un imputado para controlar los asertos de un testigo o de un perito en el juicio. Si lo que estos sostienen en él dista mucho de lo que afirmaron al inicio de la investigación o en el curso de la misma, su valor probatorio se verá disminuido. No es posible aceptar, desde el punto de vista de la valoración, que un testigo afirme enfáticamente una cosa, hecho o circunstancia en el juicio, si antes ha manifestado algo diametralmente opuesto o le ha otorgado características especiales al suceso o lo ha situado en un contexto muy diverso de aquel que relata en la audiencia.

El legislador procesal privilegia- y no podía ser de otra forma- la declaración de testigos, peritos, imputados y coimputados, prestada ante los jueces del Tribunal de Juicio Oral. Ello, porque la información obtenida por boca de aquellos en la audiencia se obtiene con la vigencia de los principios formativos del juicio oral: la inmediación, la publicidad, la

⁸ DUCE y RIEGO (2007), pp. 400-401.

oralidad, la concentración y la contradicción, y no con la confirmación de lo que estos dijeron durante la investigación. De allí que existan casos muy excepcionales en que nuestro legislador renuncie o ceda en estos principios, en pos de un fin superior. Esto ocurrirá, por ejemplo, con aquellos testigos, peritos o coimputados que por alguna de las razones explicitadas en las distintas letras del artículo 331, no pudieron comparecer a la audiencia y es necesario saber qué dijeron con relación a la centralidad de lo que se discute o se debate como objeto del juicio, a pesar que esas declaraciones no se brindaron ante los jueces del tribunal de juicio oral, sino ante otra instancia jurisdiccional, o bien, ante dos instituciones jerarquizadas de naturaleza distinta, o en los casos que, conforme a la técnica del artículo 332 sea necesario recordar o aclarar algún dato del declarante, o exponer una contradicción.

La Excma. Corte Suprema, a propósito de esta temática, ha señalado que el derecho al contradictorio ha sido reconocido por diversos instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) y la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 6°) al incluir dentro de los derechos judiciales mínimos inherentes a la noción del debido proceso, el del imputado a controlar y confrontar la prueba de cargo, de manera que- como sistema lógico de conocimiento que vertebra el proceso- el tribunal solo puede formar convicción sobre la prueba producida oralmente en su presencia y directamente percibida por él. Sin embargo, el legislador procesal ha establecido una serie de excepciones al principio de validez de la prueba prestada sólo en juicio, como son las consagradas en los artículos 331 y 332, todo ello en un marco regulatorio minuciosamente descrito, lo que da cuenta de la excepcionalidad y de la comprensión del ordenamiento referido a que es la prueba producida en audiencia y sometida al control de las partes, aquella que dota de legitimidad al proceso y a la decisión jurisdiccional que recae sobre lo debatido⁹.

4.- Análisis del artículo 331 del Código Procesal Penal

4.1. Aclaración previa

Antes de iniciar el examen del artículo 331 del Código Procesal Penal, conviene dejar establecido que para efectos de este estudio, se han clasificado los casos descritos en él del siguiente modo: el a) y el d) son fieles representantes de los principios inspiradores del Código Procesal Penal; el b) consagra un caso de incorporación dispositiva (con acuerdo de las partes); el c) tiene una connotación sancionatoria para el acusado; y el (e) ejemplifica situaciones de caso fortuito, fuerza mayor o simple ignorancia de un dato.

También corresponde precisar y, de manera breve, qué entiende el legislador procesal penal por registros, al mencionar este término en la disposición del artículo 334 ya mencionado. El referido vocablo aparece explicado por sus efectos en los artículos 227 y 228 del Código

⁹ Corte Suprema, Rol N° 4.693-17, de 21 de marzo de 2.017.

Procesal Penal, que otorgan una idea de cómo las distintas actuaciones del Ministerio Público o de la policía los generan. Su literalidad entrega ejemplos de cuál es su real contenido. En el primer artículo se consigna que en ellos, al menos, se indicará la fecha, la hora y lugar de realización, los funcionarios y demás personas que hubieren intervenido y una breve relación de sus resultados; mientras que en el segundo precepto se refiere en general a diligencias y allí se destaca la necesidad de consignar las instrucciones recibidas del fiscal y del juez. Se termina estableciendo una prohibición expresa: los registros no podrán reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral, que no es más que un anticipo de lo prohibido por el referido artículo 334 del Código Procesal Penal.

4.2. Casos del artículo 331 del Código Procesal Penal

La norma del 331 establece cinco casos en los cuales es posible reproducir o dar lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, aunque en estricto sentido la referencia del artículo 334 al articulado citado, se circunscribe únicamente a tres de ellos: al (b), al (c) y al (e), porque dicen relación estrecha con el contenido de registros y documentos generados de diligencias o actuaciones realizadas únicamente por la policía y el Ministerio Público. En cambio, los presupuestos de las letras (a) y (d) parten de la base que las declaraciones de testigos, peritos o coimputados fueron percibidas por el juez de garantía en una audiencia formal y se incorporarán solo cuando en el juicio oral se cumplan las condiciones establecidas en dichas letras. Esos casos dicen relación con declaraciones prestadas por testigos o peritos fallecidos antes del juicio oral, o bien, que padezcan de alguna incapacidad física o mental o estén ausentes del país, o de coimputados rebeldes al momento de realizarse el juicio oral, siempre y cuando, aquellas hubieran sido recibidas ante el juez de garantía en una audiencia de prueba anticipada, o ante este únicamente, en el caso de coimputados. Los dos asuntos explicitados están claramente imbuidos de los principios que regulan el juicio oral, ya que se originan ante un juez y en una actuación judicial destinada a tal propósito, por lo que en ellos priman los principios de la inmediación, la contradictoriedad, la publicidad y la bilateralidad.

Los otros tres casos indicados son ejemplos puros de excepciones que establece nuestro legislador penal a la incorporación de registros y documentos verificados durante el curso de la investigación: aunque- como ya se dijo- la concesión en estricto sentido es mayor y no dice relación únicamente con esa etapa desformalizada, ya que la norma del 331 contiene dos ejemplos de actuaciones verificadas ante el juez de garantía. Siendo así, la mención en el artículo 334 del 331 es desprolija e imprecisa por contener una referencia no del todo adecuada. Él carece de una correcta técnica legislativa, porque el 334 solo menciona los registros policiales y del Ministerio Público, pero al referirse a los casos del 331, incorpora actividades jurisdiccionales que no son en su esencia registros. Con esto mezcla actos policiales, del Ministerio Público y otros de carácter judicial y los ata para formar un solo todo, cuando los últimos tienen un origen totalmente distinto de los dos primeros, aunque todos convergen a un punto en común: son anteriores al juicio oral o a su preparación como bien reza el epígrafe del artículo 331.

En virtud de lo anterior, los casos del artículo 331 en que sí se puede hacer un real vínculo con el 334, dicen relación con: (1).- la declaración de testigos, peritos o coimputados que consten en registros o dictámenes que todas las partes [no habla de intervinientes] acordaren incorporar, con aquiescencia del tribunal; (2).- cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado; y (3).- cuando se genere la hipótesis articulada de la letra (a) con posterioridad a lo previsto en el artículo 280 (audiencia de preparación de juicio oral) y se trate de testigos o peritos privados cuya declaración sea considerada esencial por el tribunal, previa solicitud de alguno de los intervinientes [letra e)].

Una exposición más pormenorizada del concepto de registros se indica en la letra e) del mencionado artículo, que regula la oportunidad en que se puede incorporar la declaración del testigo y del perito privado. Ello ocurrirá cuando el impedimento de comparecencia al juicio oral se verifique con posterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral y la declaración conste en registros policiales o del Ministerio Público, caso en el cual se hará factible que la narración que prestó ante cualquiera de ellos se lea en la audiencia de juicio. Ahora bien, si la ausencia de peritos, testigos o coimputados fuere imputable al acusado o cuando constare en registros o dictámenes que todas las partes acordaren incorporar con aquiescencia del tribunal, operaría igual la incorporación de sus declaraciones extrajudiciales que también constan en registros. Será esa la declaración que se valide y aporte como medio de prueba en la audiencia respectiva, sea por acuerdo de las partes en concurso con el beneplácito del tribunal (letra b), sea como sanción a la conducta impropia del acusado (letra c), sea porque un interviniente lo pide y el tribunal acepta (letra e).

Una precisión antes. La incorporación de lo informado por un perito, en el caso de la letra (e) del artículo 331 del citado código, dice relación solo con los privados y no con los públicos. Tratándose de estos últimos, el legislador procesal penal exige la comparecencia de otro perteneciente a la misma institución del que está impedido de hacerlo. El artículo 329 del mismo estatuto normativo permite la exposición de un perito distinto del que realizó el estudio y la solicitud se hace en el curso de la audiencia de juicio oral, de acuerdo con el artículo 283 de la aludida reglamentación que regula la suspensión de la misma.

4.3 Valor como medio de prueba de los casos regulados en el artículo 331 del Código Procesal Penal

Hasta aquí, se ha esbozado brevemente, en qué consisten los registros y qué declaraciones de testigos, peritos, imputados y coimputados, prestadas en el curso de la investigación, se incorporan al juicio. Pero la pregunta que subyace en toda situación como la antes relatada es: ¿qué valor probatorio tienen estas declaraciones de testigos, imputados o coimputados y pericias en el juicio oral? ¿Será el mismo de aquellos que han declarado ante el tribunal de juicio oral? La respuesta *prima facie* es no. Las personas que declaran en el juicio oral están enfrentadas a un interrogatorio y a un contrainterrogatorio que depura o desmerece su relato, porque las preguntas estarán dirigidas a confirmar o cuestionar la credibilidad de su testimonio, o bien, a descalificarlo como persona, como establecer que el deponente ha sido

condenado anteriormente por falso testimonio en juicio, por ejemplo. En cambio, la incorporación de la declaración de un testigo, mediante la lectura de lo que dijo durante la investigación, no sufre escrutinio alguno de su relato, aunque no por eso queda exenta de otro cuestionamiento que es el siguiente. Las personas cuando declaran ante la policía o ante el Ministerio Público, no están obligadas a decir la verdad ya que no lo hacen bajo juramento, pero podrían ser perseguidas criminalmente por el delito de obstrucción a la investigación, si son testigos de cargo, por ejemplo. Con ello no se quiere decir que quienes declaran en juicio no mientan, solo que faltar a la verdad les traería un costo más elevado y sería aquel establecido en el artículo 206 del Código Penal.

Se dijo que la calidad probatoria no es la misma, sin embargo, al legislador procesal penal igual le interesa la incorporación de esa información. Esto, porque busca conseguir la verdad y por esa verdad asume el riesgo ya citado en busca de otorgar un mejor sustento probatorio en el cual basar su decisión, porque si no: ¿cómo motivaría la absolución o condena, si le falta esa información decisiva? La incorporación ha de plantearse generalmente cuando está concluyendo la rendición de la prueba de cargo y un testigo crucial para el Ministerio Público no ha comparecido a la audiencia, al estar imposibilitado por causa justificada o simplemente falleció, después de verificada la oportunidad procesal consignada en el artículo 280 del Código Procesal Penal. Lo común es que la ausencia en juicio sea de los testigos de cargo, porque los de descargo pocas veces o por no decir casi nunca han declarado en el curso de la investigación. En esa ocasión, el tribunal se enfrenta a un dilema: de acoger la petición, sabrá que esa declaración escrita no es de la misma calidad que aquellas obtenidas en la audiencia de juicio oral. O al rechazarla, sabrá o intuirá que la información narrativa de ese testigo que declaró durante la investigación es valiosa, pero no fue objeto de interrogatorio ni de contrainterrogatorio.

El tribunal sabe, en ese momento, que su decisión puede originar un giro copernicano en el curso del juicio, ya que para los intereses del Ministerio Público la declaración de ese testigo es esencial o relevante para su teoría del caso y, por el contrario, la defensa instará generalmente por su no incorporación, ya que conoce el contenido de ese testimonio extrajudicial. La decisión de incorporación se adopta en base a los fundamentos del solicitante y con la respuesta de la contraparte. Resuelto lo anterior y leído el contenido del testimonio, este ingresa sin reproche alguno al juicio, tal cual como fue captado por el policía o fiscal que tomó la declaración al testigo, o bien, tal cual lo informó por escrito el perito privado.

La conclusión que deviene, como consecuencia de la incorporación del relato extrajudicial de un testigo, de peritos privados o de un coimputado rebelde, es que adquirió un carácter pétreo la declaración o el contenido del informe, o sea, “quedó escrito en piedra”, lo que es contrario, al menos, al principio del contradictorio. Pétreo, porque, como ya se dijo, se agrega al juicio tal como fue dicha, captada y escrita por los policías, el Ministerio Público o el propio perito, sin posibilidad de aclarar las dudas que sus contenidos presenten, de esclarecer las ambigüedades o incoherencias que delaten. En definitiva, la contraparte quedará sin poder ejercer alguna de las herramientas que otorga el artículo 332 del Código

Procesal Penal. Tampoco le será factible, durante el contrainterrogatorio, confrontar al testigo o perito de papel (llamémoslo así) con sus propios dichos, porque no los habrá, ni con otras versiones de los hechos presentadas en el juicio, conforme el 330 del código adjetivo. Sin duda, la incorporación de esta forma de declaración no es la más adecuada porque su contenido ingresa sin ningún tamiz y de allí su clara y evidente excepcionalidad. Eso sí, igual quedan a salvo ciertos correctivos que emplear ante la falta de contradictoriedad.

El contenido de la declaración extrajudicial de un testigo o de un perito no parece ser cuestionada por nadie, salvo que se aporte una prueba destinada a desvirtuar su veracidad. Esto ocurrirá en la situación prevista en el artículo 336, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en que se ataca la autenticidad, verosimilitud o integridad de un medio de prueba. Si ello no ocurre así, el autor Michelle Taruffo, a propósito de las narrativas judiciales¹⁰, pareciera dar algunas orientaciones para resolver la problemática planteada y que sería extrapolable a los relatos extrajudiciales con algunas afinaciones. El referido autor distingue entre buenas narraciones versus narraciones verdaderas y hace todas las combinaciones posibles. Como una primera categoría tiene una buena narración, pero falsa. Una segunda: un mal y falso relato. Una tercera: una buena narrativa verdadera. Y una última: una mala narración, pero verdadera.

Cabe señalar que no resulta conveniente o recomendable utilizar gramaticalmente los adjetivos bueno(a) o malo(a) que emplea el referido autor, cuando se requiera calificar a una persona o a un relato, ya que las dos palabras poseen múltiples acepciones y tienen un alto contenido de subjetividad. Sería conveniente emplear los términos “creíble” o “no creíble” para las narraciones y “confiable” y “no confiable” para las personas que declaran, calificaciones que están acorde al ejercicio de valoración de la prueba, existiendo doctrina que determina mediante elementos objetivos cuándo un relato es creíble o (cuándo) una persona es confiable.

Las referidas categorizaciones son aplicables al relato contenido en un registro. Una vez terminada la lectura del testimonio o del informe del perito, el tribunal de juicio oral tendrá que realizar un ejercicio analítico y comparativo de ellos. En este examen no tendrá ayuda previa, porque la parte contraria a aquella que incorporó el testimonio o declaración no habrá podido contrainterrogar, por lo tanto, solo le quedará hacer un examen de contraste con la información aportada por el testigo o perito de “papel” con los otros medios de prueba incorporados en el juicio. Con ellos tendrá que apreciar si guarda relación con lo señalado por aquellos o no. Concluido este escrutinio, podrá decir que lo indicado por un testigo, por un perito o por un coimputado resultó ser una adecuada(o) o provechosa(o) narración o informe; o por el contrario, él es muy divergente de todo lo obrado en autos; o bien él contiene una adecuada narrativa que se concilia con los otros elementos de convicción aportados al juicio y que, incluso, llena ciertos vacíos probatorios de estos; o

10 TARUFFO (2007), pp. 22 y ss.

por último, *el relato es deficiente, parco y un tanto impreciso, pero alberga caracteres de verdadero*, al conciliarse estrechamente con lo aportado al juicio por otros medios de prueba. Las posibilidades son varias y todas viables para otorgar valor probatorio positivo o negativo al citado medio probatorio y así arribar a una decisión.

La otra posibilidad que quedaría a salvo para aquel que no puede ejercer el conainterrogatorio contra el testigo, perito, imputado o coimputado que declaró en “papel”, sería desvirtuar su declaración en el alegato de cierre. El respectivo interviniente no podrá desperdiciar esta oportunidad y tendrá que desplegar todos sus argumentos, para dejar establecido que este tipo de declaración posee una menor o muy disminuida calidad probatoria, al no someter la información aportada por dicho medio al filtro de la contradictoriedad, de la adversariedad y al hecho innegable de no haberse producido realmente durante el curso de la audiencia de juicio.

El legislador procesal penal renuncia, como ya se dijo, o atenúa considerablemente el imperio o ejercicio del principio de contradictoriedad para permitir la incorporación de ese material registral, lo que no es menor si se considera que el juicio oral es un juicio de credibilidad, y la credibilidad como la confianza se va construyendo con el tiempo. El tiempo, en este caso, estará dado por la conducta narrativa del declarante durante todo el curso de la investigación hasta el juicio oral. ¿Cómo creer entonces en el relato de un declarante de papel si no ha podido ser interrogado ni conainterrogado en el curso de la audiencia?, ¿cómo creer en un producto de convicción que constituye una excepción a la regla y que vulnera un principio fundamental del procedimiento punitivo y además constitucional de que la prueba se rinde en el juicio oral y es apreciada directamente por los jueces?

Una respuesta a esta interrogante la brindó nuestra Excma. Corte Suprema (CS) a propósito del artículo 332 del Código Procesal Penal, en que expresa fundamentos que son igualmente aplicables con la situación planteada por el artículo 331 del mismo código. En aquella sentencia, la CS manifiesta que el referido artículo es una excepción a principios fundamentales del juicio oral penal actual, esto es, a la oralidad, a la inmediación y a la concentración en la incorporación y percepción de la prueba por parte de los jueces. La excepción es atendible si con ello se busca resguardar otro principio más fundamental en el proceso jurisdiccional penal: la búsqueda y establecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de la acusación¹¹.

A pesar de todo lo dicho anteriormente y a las aprensiones o reparos que pudieran hacerse a esta forma de incorporación de los medios de prueba que ingresan al juicio, mediante su lectura, lo cierto es que la información se incorpora igual al tribunal, al conocimiento de los jueces y éstos no podrán desprenderse de su contenido como insumo probatorio, sobre todo si en él se contienen datos útiles e importantísimos, para resolver el conflicto planteado ante el tribunal respectivo, porque ese dato o datos habrá(n) mejorado su nivel de convicción.

¹¹ Corte Suprema, Rol N° 10.910-13, de 7 de enero de 2.014.

5.- Análisis del artículo 332 del Código Procesal Penal

Previamente, se debe aclarar que lo dicho a propósito de los testigos, alcanza por extensión a los peritos, y en su caso, al acusado. Lo primero, en razón de lo expuesto en el inciso primero del artículo 329 del Código Procesal Penal, y lo segundo, en tanto el mismo artículo 332 incluye en el ejercicio al acusado, ello más allá de la discusión de si su declaración es un medio de defensa o un medio de prueba, diferencia que excede los márgenes de este examen.

Pues bien, el artículo 332 del código mencionado tiene, de acuerdo con su redacción, un triple objeto. El primero de ellos es “refrescar la memoria” del deponente, que, como consecuencia del transcurso del tiempo u otro motivo, puede haber olvidado algún o algunos de los hechos que fueron parte de su declaración extrajudicial en relación al conocimiento que tuvo del objeto del juicio.

De otro lado, se aprecia en él, la facultad que tienen las partes de poder “evidenciar una contradicción” en los dichos del declarante. Esta parte de la norma ha sido objeto de un mayor estudio, ya que se advierte en ella el derecho a confrontar a los testigos, lo que materializa el principio de contradicción. Se relaciona lo anterior con la posibilidad que deben tener los intervinientes, especialmente el acusado, de desacreditar a los testigos o peritos, al no existir en nuestro sistema procesal penal deponentes inhábiles y como parte del derecho a defensa en su arista material, lo que surge de la lectura de los artículos 309 y 318 Código Procesal Penal. Como lo sostiene Taruffo: *“sucede -probablemente en una forma más efectiva- en los sistemas de common law ya que la contra interrogación está típicamente dirigida a atacar y posiblemente a destruir la credibilidad del testigo y la confiabilidad de las respuestas que da durante el interrogatorio. En este sentido, uno bien puede entender el muy conocido dictum de Wigmore según el cual la contra interrogación ‘es, más allá de toda duda, el mejor motor jurídico que se haya inventado para descubrir la verdad’”*¹².

Por último, se aprecia que los interesados pueden recurrir a la herramienta cuando persigan “aclarar los dichos” del deponente, frente a una afirmación o dato que no haya sido suficientemente comprendido.

Así, se observa que las posibilidades que otorga el artículo tienen una distinta finalidad. En efecto, el ejercicio de refrescar la memoria del testigo está destinado a aumentar el valor probatorio de la declaración, ya que se pretende complementar la información introducida al juicio a través de su relato. Por esta razón, esta posibilidad se debiera ejercer durante el curso del interrogatorio directo. Esta misma situación ocurre al solicitar aclarar los dichos del deponente, ya que ello tiene por objeto precisar la información aportada. En cambio, al evidenciar una contradicción, lo que se pretende es disminuir tal valor, demostrando que en forma previa se sostuvo una versión diferente a la que se expone en audiencia, atacándose

¹² TARUFFO (2007), p. 12.

la credibilidad del relato. Luego, es un ejercicio que se enmarca dentro de la etapa del contrainterrogatorio.

La distinción en cuanto a la etapa del interrogatorio en que “debiera proceder” cada una de las variantes del artículo en estudio se manifiesta, porque resulta ser un contrasentido que el interviniente que presenta a un testigo quiera, a su vez, evidenciar una contradicción del mismo deponente, disminuyendo su credibilidad y como consecuencia su valor probatorio, razonamiento que resulta aplicable tanto a quien pretende acreditar la hipótesis de cargo o de descargo, respectivamente. En otras palabras, la señal que emerge de esta conducta es contraintuitiva y sería ni más ni menos que dejar al descubierto a un testigo que está cambiando su versión de los hechos, aun cuando no es poco frecuente que ello ocurra en la práctica¹³.

Lo dicho no obsta a que durante el contrainterrogatorio el abogado pueda recurrir al ejercicio de refrescar la memoria o aclarar lo expuesto por el testigo, si pretende precisar o servirse de algún dato que haya manifestado en sus declaraciones extrajudiciales prestadas ante el fiscal, su asistente o el juez de garantía.

Desde ya cabe precisar que, al ejercer la herramienta de evidenciar una contradicción del deponente, no se está incorporando al juicio una declaración prestada antes de la audiencia de estilo, como a veces parece entenderse en la *praxis*, sino que solo revelar que se dijo una cosa distinta anteriormente. Esto es así, ya que la prueba que el Tribunal está llamado a ponderar es aquella que se introduce por medio de la declaración del testigo en la propia audiencia, lo que resulta coherente con los principios de inmediación y de oralidad, que impiden, salvo excepciones, la posibilidad que ingrese al juicio la información proveniente de declaraciones anteriores que constan por escrito.

No obstante, también se puede advertir que en el caso de refrescarse la memoria del declarante o solicitar una aclaración en sus dichos, la información con la que se realiza el ejercicio, sí ingresa al juicio, es un insumo probatorio a valorar, ya que es un complemento de aquella que está siendo objeto de rendición, vale decir, provoca una adición en el relato,

13 Si bien el análisis propuesto pretende distinguir los distintos momentos en que se debiera ejercer la herramienta como una regla general, como tal, existen algunas materias en que la conclusión planteada no aplica o admite matices, esto es, que, a pesar de tratarse de su propio testigo, evidenciar una contradicción podría traer buenos rendimientos para la teoría de cargo o descargo. Ello ocurre por ejemplo en los casos de violencia intrafamiliar con una víctima desistida. Se trata de una ofendida que va a juicio y declara algo distinto a lo que inicialmente declaró permitiendo la persecución penal; si el fiscal se queda solo con la declaración judicial y no la confronta con su declaración previa, el tribunal no estará en condiciones (al menos no directamente) de conocer lo que ella contó al momento de denunciar y de esta forma vincular lo expuesto primitivamente con el resto de las pruebas de cargo y que se avienen mejor con esa declaración inicial que con aquella prestada en juicio. De esta forma, si bien se puede tildar en juicio como un testigo poco creíble, no es equiparable su situación a un testigo de robo o cualquier otro delito, al tratarse de una víctima de violencia intrafamiliar (o de violencia de género en general), cuando el imputado es una ex pareja o un familiar, porque en estos casos los incentivos para cambiar de versión son más altos que en aquellos otros delitos.

al llenar un posible vacío o explicar una situación confusa que advierta la parte que presenta al deponente, la que es esclarecida en la misma audiencia.

Con todo, el ejercicio de refrescar memoria también es utilizado en el contrainterrogatorio, pero más que para complementar un relato, para confrontar los dichos del testigo, o sea, indirectamente evidenciar una contradicción, en casos que durante las consultas, el deponente en vez de responder derechamente alguna situación que se contraponga con lo expuesto en declaraciones previas, no se acuerde qué fue lo que había manifestado, o, en su caso, aclarando lo sostenido en juicio, con las implicancias ya referidas, esto es, distinguiendo si la información obtenida vía ejercicio, entra o no al análisis del Tribunal.

Ahora bien, no se puede perder de vista que pese a no existir un límite “expreso” en el mismo artículo, en cuanto a la cantidad de veces que se puede recurrir a la herramienta, el interviniente que decide utilizarla, debe tener en cuenta que sí existe una limitación normativa, que surge de un análisis sistemático de las reglas que regulan el procedimiento penal, a saber, los artículos 266¹⁴, 284, 291, 329, 331, 334 e inciso segundo del artículo 340, todos del Código Procesal Penal y de otro lado, una de carácter epistémico, referida al costo que tal forma de proceder puede ocasionar en la calidad de la información que el testigo aporta al debate.

En efecto, en cuanto a la primera limitante, se advierte de la lectura de las normas referidas que el sistema se estructura, entre otros, sobre los principios de inmediación y de oralidad. En virtud del primero, prevalece el contacto directo que debe tener el juez o los jueces con la prueba rendida¹⁵, esto es, se debe incorporar toda la evidencia en la audiencia de juicio, debiendo estar presente en ella de forma ininterrumpida, sin que pueda delegar esta función en otras personas, so pena de nulidad, conforme lo establece el artículo 35 del Código Procesal Penal¹⁶, y, además, es el juez quien debe extraer los hechos por sí mismo, sin que pueda utilizar equivalentes probatorios¹⁷. En cuanto a oralidad se refiere, a través de él se materializa el principio de la inmediación, ya que la declaración del acusado, la recepción de las pruebas y en general, toda intervención de quienes participen en la audiencia de juicio, se debe realizar en forma oral, asegurando la vinculación del sentenciador con los medios de prueba incorporados al juicio. De la relación de las normas citadas y principios que recogen, surge claramente la excepcionalidad del ejercicio de refrescar memoria, de manera que no puede transformarse en la regla general a la hora de obtener la declaración de un testigo o perito.

14 La referencia a este artículo, el cual si bien se encuentra inserto en la audiencia de preparación de juicio oral, pretende relevar que ya desde esta etapa del procedimiento, rigen los principios en comento.

15 Como lo precisan los profesores Horvitz Lennon y López Masle, alguna doctrina incluye también en este principio, la presencia del acusado y/o su defensor durante toda la audiencia de juicio, no obstante, ellos entienden que tal requisito es una derivación del derecho a defensa.

16 Artículo 35.- Nulidad de las actuaciones delegadas. La delegación de funciones en empleados subalternos para realizar actuaciones en que las leyes requirieren la intervención del juez producirá la nulidad de las mismas.

17 La definición del principio de inmediación se basó en las explicaciones dadas por los autores Horvitz Lennon y López Masle, en la obra citada en este trabajo.

La segunda limitación es de carácter epistemológica. Partiendo del supuesto que se trata de una herramienta de excepción, el interviniente que recurre a ella debe tener en cuenta que no es un ejercicio inocuo, ya que, si bien por definición parece tener por objeto mejorar los datos aportados por el deponente, su utilización puede generar un efecto contrario, es decir, rebajar la calidad de la información o al menos, no conseguir mejorar la ya proporcionada.

Para graficar la afirmación anterior, piénsese en el caso en que un testigo ha prestado una declaración muy completa y que guarda directa relación con el hecho investigado, faltando solo la referencia a un dato preciso, como puede ser la fecha exacta de ocurrencia del mismo y que considerando el nivel de detalle y tiempo transcurrido, parezca razonable un olvido. En ese caso, recurrir a la herramienta de refrescar memoria del declarante, tiene por efecto, subir la calidad de la información. En el otro extremo, imagínese a un deponente que prácticamente no recuerda los sucesos sobre los que declara, solicitando el interviniente que lo presenta reiteradamente la autorización para refrescar su memoria. Pues bien, en este caso, esta recurrencia, lo que ocasiona es restar mérito a la declaración judicial, ya que lo que se está haciendo en la práctica, es incorporar una declaración previa, o, en otras palabras, un acta en la cual consta una declaración extrajudicial, de forma tal que si no es denegada la herramienta de oficio por el Tribunal o previa oposición de la contraparte, se deberá concluir que la calidad de la información obtenida del testigo será muy baja, generando más bien desconfianza en lo manifestado espontáneamente durante el interrogatorio. Otra situación que podría ocurrir, es tener un deponente que manifieste tener conocimiento de los hechos, pero olvida una parte central o sustancial de los sucesos que se pretenden aclarar, como puede ser el haber olvidado si el acusado forzó o no la puerta de ingreso de la vivienda, caso en el cual, de acudir al ejercicio de refrescar memoria, su aporte resultará marginal, desde que se trata de un elemento central de la imputación y lo esperable es que el declarante sea capaz de aportar esta información por sí solo.

Los casos a analizar pueden multiplicarse, de manera que determinar si efectivamente se logra el objetivo de mejorar la calidad de la información a través del ejercicio de refrescar memoria, no es una cuestión evidente, o en otras palabras, el ejercer la técnica no siempre provocará el mismo efecto, sino que será una situación que se verá caso a caso, dependiendo por ejemplo de la cantidad de veces que se ejecute, del hecho sobre el cual se refresque la memoria del testigo y su relación con la imputación, de si la información aportada espontáneamente por el declarante ha sido completa, o en fin, de si el dato obtenido al refrescar memoria altera o puede alterar la calificación del hecho investigado, entre otras.

Lo anterior si bien puede parecer un “castigo” a la mala memoria, lo cierto es que dada la regulación del Código Procesal Penal en la materia, un testigo que no exprese en forma directa los hechos sobre los cuales está llamado a declarar, o al menos que los olvidos que presente sean los esperables de un ciudadano medio, en la práctica será un “mal testigo”.

5.1 Algunas dudas que surgen de la lectura del artículo 332 del Código Procesal Penal

De la simple lectura del artículo en análisis, surgen algunas interrogantes que es preciso examinar. En primer lugar, se puede plantear la duda acerca de la oportunidad en que el ejercicio se puede realizar.

Efectivamente, la norma señala “sólo una vez que el acusado o el testigo **hubieren prestado** declaración, se podrá leer...”. Luego, la pregunta parece evidente ¿se debe esperar que el deponente termine de declarar para solicitar refrescarle la memoria?

Si bien el tenor literal del artículo así lo indica, al referirse en pasado a la declaración, la respuesta parece ser la negativa, vale decir, en la medida que el declarante no sepa la respuesta en razón de haberlo olvidado, se puede recurrir de inmediato al ejercicio de refrescar memoria. Esta forma de proceder, responde mejor a la dinámica en que tienen lugar los interrogatorios, ya que de comprenderse la norma en el sentido planteado en la interrogante, se perdería el contexto y contemporaneidad de la interrogación, y las respuestas obtenidas luego de refrescar la memoria, aparecerían desfasadas de la misma declaración, provocándose que el relato se torne confuso y desagregado, en circunstancias que a través de la herramienta se pretende aclarar un determinado hecho mediante su complemento.

Otra cuestión que se puede plantear a la lectura del artículo 332 del Código Procesal Penal es aquella referida a si se puede recurrir a las herramientas solo durante **el interrogatorio** como expresamente señala, o si también se puede hacer uso de las mismas en el contrainterrogatorio. La incógnita se acrecienta si se relaciona la norma con el inciso segundo del artículo 330 del código de procedimiento, el cual al describir los “métodos de interrogación”, distingue claramente entre el interrogatorio y el contrainterrogatorio.

Pese al claro tenor literal del artículo, conforme a lo expuesto y como se ha venido analizando, la respuesta está entregada en esencia, por la finalidad perseguida al requerir refrescar la memoria, aclarar los dichos del testigo o derechamente demostrar una contradicción en su relato. De esta forma, se debe sostener en principio que no está limitado el ejercicio al solo interrogatorio, debiendo entenderse este concepto en términos amplios, vale decir, omnicomprendivo de la técnica de interrogatorio directo y contrainterrogatorio, por lo que la limitación estará dada por el objeto pretendido con el mismo, esto es, durante el interrogatorio procedería el refrescar memoria o aclarar los dichos del deponente, y durante la contra interrogación, evidenciar una contradicción del testigo principalmente, pero también refrescar memoria o aclarar sus dichos. Abona la conclusión anterior, el hecho de que las partes deben tener las mismas posibilidades de interrogar y contrainterrogar, en otras palabras, debe regir en la materia la igualdad de armas, condición que no se daría en caso de poder ejercerse los derechos solo durante el interrogatorio directo. Por lo demás, entender la norma a la luz de su tenor literal, vulneraría lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 del Código Procesal Penal, al provocar una restricción en el ejercicio de los derechos del imputado.

6.- Conclusión

El incorporar información al juicio de la manera explicitada en el artículo 331 es contrasistémica, por ello debe ser autorizada de una manera muy excepcional, primero, exigiendo rigurosamente que se cumplan con las hipótesis descritas en la norma y con un alto estándar de suficiencia y, segundo, que no exista otra alternativa a la cual recurrir primero. Un ejemplo de esta otra vía sería otorgar un nuevo domicilio de la persona que no ha comparecido a la audiencia, para diligenciar su emplazamiento de forma casi coetánea con el desarrollo del juicio oral, o bien, agotar la institución del arresto para exigir la presencia compulsiva del ausente.

Queda claro que siempre se debe privilegiar la declaración directa del testigo, perito o coimputado en el juicio. Esta conclusión va en sintonía con lo señalado por nuestra Excma. Corte Suprema, quien ha manifestado que para incorporar una declaración en los términos del artículo 331 del Código Procesal Penal, es necesario que se cumplan cada una de las condiciones que en sus casos se explicita, ya que se trata de una norma de excepción y requiere contar con los estándares mínimos para hacerlo. En efecto, en el considerando décimo tercero de la sentencia pronunciada en causa Rol 99.775-16, ha señalado: *“Que, de lo razonado hasta ahora, es posible advertir que los sentenciadores dieron aplicación a una norma de excepción sin contar con los estándares mínimos para hacerlo, esto es, no tuvieron en vista antecedentes suficientes que justificaran su aplicación, más aún, si dicha normativa afecta el ejercicio del principio contradictorio, tanto como el de apreciación del tribunal, en cuanto a la inmediación. Tales derechos, que el Código Procesal Penal establece en el artículo 332, no solo garantizan el desarrollo del juicio dentro del marco que reglan sus principios rectores, sino también, el ejercicio legítimo del derecho a defensa del inculpado y, por ende, el debido proceso con todas las garantías judiciales que le son inherentes”*¹⁸.

De otro lado, se ha intentado demostrar que el uso de la técnica que permite el artículo 332 del Código de procedimiento en materia penal, tiene diversas consecuencias desde el punto de vista de la valoración de la declaración del deponente que es complementado o contrastado. Así, el interviniente debiera tener en cuenta distintos factores que van a incidir en el resultado final del ejercicio, que pueden aumentar, disminuir o no provocar efecto alguno en la exposición espontánea del declarante en juicio. En otras palabras, el resultado obtenido puede ser contraproducente en relación al objetivo perseguido. Finalmente, se pretendió también dejar establecido que cada una de las finalidades que permite el artículo, tienen un momento procesal, si bien no expreso, que emana justamente del propósito que subyace en la norma al permitir recurrir a esta herramienta de excepción.

¹⁸ Corte Suprema, Rol N° 99.775-16, de 31 de enero de 2017.

Bibliografía citada

ACCATINO, Daniela (2014): “Atomismo y Holismo en la justificación probatoria”, en: Isonomía (N° 40), pp. 17-59.

DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián (2007): Proceso penal (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

FERRER BELTRAN, Jordi (2007): La valoración racional de la prueba (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.).

GONZALEZ LAGIER, Daniel (2022): “Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba”, en: FERRER BELTRAN, Jordi, Manual de Razonamiento Probatorio (Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación) pp. 353-395.

TARUFFO, Michelle (2007): “Narrativas Judiciales”, en: Revista de derecho, Valdivia (Volúmen 20, N° 1), pp. 231-270.

TARUFFO, Michelle (2008): La prueba (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.).

Jurisprudencia citada.

C/ Axcel Camilo Candia González (2013): Corte Suprema 7 de enero de 2014 (Recurso de Nulidad) en: <http://cendoc.pjud.cl>.

C/ Felipe Esau Basualto Henríquez (2016): Corte Suprema 31 de enero de 2017 (Recurso de Nulidad) en: <http://cendoc.pjud.cl>.

Ministerio Público C/ Ignacio Valentín Salazar Estelle (2017): Corte Suprema 21 de marzo de 2017 (Recurso de Nulidad) en: <http://cendoc.pjud.cl>.