

OFICIO FN N° 284/2010.

ANT.: Los individualizados en el Anexo.

MAT.: Instrucción General que imparte criterios de actuación sobre la audiencia de preparación del juicio oral.

ADJ.: Anexo: Instructivos y Oficios que quedan sin efecto por Oficio FN N°284/2010.

SANTIAGO, mayo 31 de 2010

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS, ASESORES JURÍDICOS Y ABOGADOS AYUDANTES DE FISCAL DE TODO EL PAÍS

Durante el periodo de implementación de la Reforma Procesal Penal se dictó una gran cantidad de oficios e instructivos impartiendo criterios de actuación, conforme lo exigía la puesta en marcha de un nuevo sistema y la actuación del órgano persecutor en éste. No obstante, observándose un proceso de consolidación del sistema procesal penal en todo el país, se ha hecho necesario, a juicio de este Fiscal Nacional, efectuar un proceso de sistematización de los mismos, a fin de obtener una normativa interna que se traduzca en criterios de actuación acordes con la actual etapa de enjuiciamiento criminal, que guíen de manera efectiva a los fiscales del Ministerio Público en sus actuaciones en aquellas materias que no pertenezcan al ámbito de regulación de alguna de las unidades especializadas.

Asimismo, las directrices que a continuación se señalarán, serán aplicables, subsidiariamente, en aquellos casos en los que las referidas unidades especializadas no se hubieren pronunciado sobre determinadas actuaciones.

En dicho contexto, mediante el presente texto único, se imparten todos los criterios de actuación que, a partir de esta fecha, rigen en materia de la audiencia de preparación del juicio oral, directrices a las que se deberán ajustar tanto los fiscales adjuntos en el desempeño de sus funciones, como las autoridades regionales en las instrucciones que sobre la materia han dictado o pronuncien en el futuro.

Por último, a partir de esta fecha, quedan sin efecto todos los Oficios e Instructivos individualizados en el Anexo N° 1 del presente documento.

AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL.

La audiencia de preparación del juicio oral tiene por finalidad fundamental, aunque no única, el determinar el objeto del juicio oral y las pruebas que podrán rendirse en él.

1. Principios de oralidad e inmediación que se aplican en la audiencia de preparación del juicio oral y materias que son de la competencia del juez de garantía.

Esta audiencia se rige por los principios formativos del procedimiento de la oralidad e intermediación (artículo 266 del CPP).

Esto significa que la audiencia debe desarrollarse en su integridad de manera oral y que, durante su realización no puede admitirse la presentación de escritos por los intervinientes.

Por ello, si el acusado no ha contestado la acusación por escrito hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral (Art. 263), la ley le da la oportunidad de efectuar una defensa oral durante su desarrollo (Art. 268).

Como consecuencia de los principios ya mencionados, le corresponde al juez de garantía efectuar una exposición sintética de las presentaciones que hubieren realizado los intervinientes antes de la audiencia (Art. 267). Esta norma se refiere, indudablemente, a los escritos de acusación del fiscal, de acusación y/o demanda civil del querellante y de defensa del acusado (Art. 259, 261 y 263).

La intermediación está presente en la conducción directa del juez de garantía en el desarrollo de la audiencia, en términos que dirige el debate (Art. 266), resume las presentaciones escritas de los intervinientes (Art. 267), otorga al acusado la oportunidad de defenderse verbalmente cuando no lo hubiere hecho por escrito con anterioridad a la audiencia (Art. 268), corrige los vicios formales de las acusaciones o de las demandas civiles (Art. 270), resuelve las excepciones de previo y especial pronunciamiento (Art. 271), abre debate sobre las pruebas ofrecidas (Art. 272), llama a conciliación sobre la responsabilidad civil (Art. 273), une o separa las acusaciones del Ministerio Público (Art. 274), tiene por acreditados ciertos hechos mediante las convenciones probatorias (Art. 275), decide qué pruebas deben ser excluidas del juicio oral (Art. 276), resuelve sobre las peticiones de prueba anticipada (Art. 280), decide si se utilizará el procedimiento abreviado, a petición del fiscal y, si accede a ello, tramita y resuelve la contienda penal ciñéndose a las reglas del procedimiento abreviado (Art. 406 y siguientes), confiere un nuevo plazo para presentar pruebas por el acusado (Art. 278) y devuelve los documentos de la investigación (Art. 279).

Pero, además, existen otros temas que pueden concitar la preocupación del juez de garantía y que están señalados en disposiciones que no están ubicadas en el Título II del Libro II del C.P.P. sobre preparación del juicio oral. Tal es el caso de los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento que tienen como oportunidad preclusiva para ser promovidos la audiencia de preparación del juicio oral (Art. 245 inc. 2º).

También puede plantearse en la audiencia de preparación un conflicto de competencia y, si bien no se suspende el procedimiento, no se puede dictar el auto de apertura del juicio oral mientras no se resuelva el conflicto por el juez de garantía (Art. 74 inc. 2º).

En lo relativo a la prisión preventiva, también es competente el juez de garantía, durante esta misma audiencia, para conocer de las solicitudes de concesión, revocación, modificación y sustitución de la misma (Arts. 142 inc. 1º, 144, 145, etc.) e, incluso, también tiene competencia para conocer de la procedencia, duración, impugnación y ejecución de las otras medidas cautelares personales (Art. 155 inc. final).

Finalmente, la enumeración anterior no es taxativa y bien pueden encontrarse otras facultades y atribuciones repartidas en el articulado del Código o de la

legislación vigente, que pueden ser ejercidas por el juez de garantía durante la preparación del juicio oral.

En consecuencia, todas las materias anteriores pueden ser objeto de debate y resolución durante el desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral y, como se advierte, las atribuciones del juez de garantía son amplias y no se limitan solamente a revisar aspectos formales o a depurar el material del juicio oral.

Es importante destacar, además, que el juez de garantía no puede delegar ninguna de las atribuciones que le confiere la ley en las materias antes señaladas, encontrándose sancionada con la nulidad de las actuaciones la delegación de funciones en empleados subalternos, (Art. 35 del C.P.P.).

2. Registro de la audiencia de preparación del juicio oral.

Conforme lo establece el artículo 41 del C.P.P., el registro de la audiencia de preparación del juicio oral debe ser efectuado "en forma íntegra, por cualquier medio que asegure su fidelidad, tal como audio digital, video u otro soporte tecnológico equivalente".

3. Publicidad de la audiencia.

Dado que la investigación se encuentra cerrada y, además, en atención a los principios generales de publicidad y transparencia, no cabe duda que la audiencia es pública y a ella tienen acceso no sólo los intervinientes y sus defensores sino que también los terceros ajenos al procedimiento.

Por lo anterior, no es aplicable a la especie lo dispuesto en el artículo 182 del C.P.P. que se refiere al "secreto de las actuaciones de la investigación" para los terceros ajenos al procedimiento porque ya no nos encontramos en dicha etapa, por el contrario, la misma se encuentra cerrada.

En cambio, sí es aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 289 del C.P.P. sobre publicidad de la audiencia del juicio oral, con las restricciones excepcionales que allí se permiten.

4. La presencia de los intervinientes en la audiencia de preparación del juicio oral.

La presencia del fiscal y del abogado defensor del imputado son requisitos de validez de esta audiencia, según lo disponen los incisos 1º y 2º del art. 269 del Código. La falta de comparecencia del fiscal deberá ser subsanada de inmediato por el tribunal, quien, además, pondrá este hecho en conocimiento del fiscal regional. Si no compareciere el defensor, el tribunal declarará el abandono de la defensa, designará un defensor de oficio al imputado y dispondrá la suspensión de la audiencia por un plazo que no excediere de cinco días, a objeto de permitir que el defensor designado se interiorice del caso.

Aunque la ley no lo dice expresamente, es obvio que la audiencia no podrá realizarse por ausencia del fiscal o del defensor y el tribunal deberá disponer una nueva fecha para la realización de la misma. Tratándose de la ausencia del defensor, la suspensión de la audiencia no puede exceder de cinco días. Si se trata de la ausencia del fiscal, omisión que debe ser subsanada por el fiscal regional, debe procederse a la fijación de una nueva audiencia, aún cuando la ley no expresa si existen límites en cuanto a días para suspender la audiencia que ha fracasado por la falta de presencia del fiscal.

Las normas sobre preparación del juicio no exigen la presencia del imputado en la audiencia y, al parecer, es suficiente la presencia del defensor. Esta situación es lógica porque el imputado no tiene que realizar ninguna actuación personal en esta audiencia, por regla general, pudiendo ser representado por su defensor en las alegaciones y defensas.

Sin embargo, tratándose de la incidencia sobre procedimiento abreviado, del artículo 406 inciso 2º se desprende claramente que el imputado tiene que aceptar expresamente la acusación y no basta que lo haga su defensor. La misma situación se configuraría respecto de los temas relativos a la prisión preventiva, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del procedimiento, etc. en que la ley exige la presencia del imputado en la audiencia respectiva.

La ausencia o abandono injustificados de la audiencia por parte del defensor o del fiscal será sancionada con suspensión del ejercicio de la profesión, hasta por dos meses. El juez de garantía impondrá esta sanción después de escuchar al afectado y recibir la prueba que ofreciere, si la estimare procedente. No constituirá excusa suficiente la circunstancia de tener el abogado otras actividades profesionales que realizar en la misma oportunidad en que se hubiere producido su inasistencia o abandono (artículo 287 en relación con el artículo 269, inciso final).

En esta parte, la ley no define lo que se entiende por abandono de la audiencia, por lo que habrá que entender que ella dice relación con la necesaria presencia del fiscal y del defensor durante toda la audiencia, utilizando los conceptos indicados en el Art. 269 inciso 1º del C.P.P.

Asimismo, si el querellante no concurre a la audiencia de preparación del juicio oral, sin causa debidamente justificada, el tribunal declarará abandonada la querrela, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes (artículo 120).

A su vez, el artículo 64 del Código Procesal prescribe que si la víctima que dedujo demanda civil no compareciere a la audiencia de preparación del juicio oral, sin justificación, la acción civil interpuesta en el procedimiento penal se entenderá abandonada. La víctima, además, tiene derecho a ser oída y es un interviniente importante en el nuevo proceso penal, sin que, como hemos señalado previamente, pueda entenderse que esté representada por el fiscal. Por ello, la víctima debe ser citada a la audiencia, pero si no comparece, la audiencia no puede suspenderse y puede, por el contrario, verificarse en su ausencia.

5. Desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral.

La audiencia de preparación del juicio oral comienza con una exposición, a cargo del juez de garantía, de las presentaciones que hubieren realizado los intervinientes (artículo 267). Si el acusado no hubiere ejercido por escrito las facultades previstas en el artículo 263, el juez le otorgará la oportunidad de efectuarlo en forma verbal (artículo 268).

En la audiencia de preparación del juicio oral, el juez de garantía puede corregir los vicios formales de la acusación del fiscal o del querellante y de la demanda civil, ordenando que éstos sean corregidos, sin suspender la audiencia, si ello fuera posible. Esta facultad puede ejercerse a petición del acusado o de los demás intervinientes, según procediere en cada caso, estimándose, además, que el juez de garantía puede proceder de oficio en esta materia porque es esencial que el tribunal del juicio oral conozca de acusaciones y demandas civiles que cumplan

los requisitos legales y, de esta manera, se asegure la rapidez y eficacia del juicio oral.

En caso de que la audiencia tuviere que ser suspendida para la corrección del procedimiento, esta suspensión no podrá exceder de cinco días y si transcurrido este plazo no se han corregido las acusaciones del querellante o su demanda civil, se tendrán por no presentadas.

La situación del Ministerio Público es distinta a la del querellante y a la del demandante civil: Si el fiscal no subsana oportunamente los vicios, para lo cual el juez le puede conceder una prórroga de hasta cinco días más, sin perjuicio de informar al fiscal regional, el juez decretará el sobreseimiento definitivo, a menos que exista querellante particular que hubiere acusado o adherido a la acusación del fiscal, en cuyo caso el procedimiento continúa sólo con el querellante y el Ministerio Público no puede volver a intervenir en el proceso (Art. 270 inc. 2º y 3º). Ocurre aquí algo parecido al forzamiento de la acusación y la sustitución del fiscal por el querellante prevista en el artículo 258 del C.P.P.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, "la falta de oportuna corrección de los vicios de su acusación importará, para todos los efectos, una grave infracción de los deberes del fiscal" (Art. 270 inc. final).

Sin embargo, la situación del fiscal que ha incurrido en esta grave infracción a sus deberes al formular una acusación incorrecta y al no haber corregido oportunamente los vicios de ésta, debe ser juzgada por las autoridades superiores del Ministerio Público, por cuanto sólo al Fiscal Nacional y, en su caso, al fiscal regional, le corresponde el ejercicio de la potestad correccional sobre los fiscales, conforme lo establecen los artículos 91 de la Constitución Política de la República y 48 y siguientes de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Todas las materias mencionadas anteriormente y que se relacionan con la corrección de los vicios formales de las acusaciones y demandas civiles, deben ser tramitadas como incidentes dentro de la audiencia de preparación de juicio oral. El juez de garantía no puede resolver esta materia, de oficio o a petición de parte, sin escuchar a los intervinientes y, en especial, al fiscal, al querellante y al actor civil respetando el principio de bilateralidad de la audiencia y, en último término, las reglas del debido proceso.

5.1. Tramitación de las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

La tramitación de las excepciones de previo y especial pronunciamiento está regulada en el artículo 271 del Código Procesal Penal.

El juez debe abrir debate sobre estas cuestiones y, si lo estima pertinente, "podrá permitir durante la audiencia la presentación de los antecedentes que estimare relevantes para la decisión de las excepciones planteadas" (Art. 271 inc.1º). A contrario sensu, si no lo estima pertinente, rechazará la presentación de nuevos antecedentes y, en todo caso, deberá resolver la mayor parte de las excepciones en la misma audiencia, según se verá más adelante. De acuerdo a esta norma, **sería improcedente que el juez de garantía suspendiera la audiencia a pretexto de que necesita otros antecedentes relevantes para la decisión de las excepciones planteadas.**

Abrir debate significa que el Juez debe escuchar a los intervinientes su punto de vista frente a las excepciones planteadas, todo ello dentro de la oralidad que se

exige en el Art. 266 del C.P.P.

Este debate debe hacerse en la misma audiencia, sin que el fiscal o el querellante pueda alegar que las excepciones eran desconocidas para ellos, por haberse promovido por primera vez en la misma audiencia por el acusado.

Ahora bien, es preciso distinguir entre las distintas excepciones, con el objeto de determinar si ellas deben ser falladas en la misma audiencia, o si pueden ser dejadas para su resolución en el juicio oral:

a. Las excepciones de litis pendencia, incompetencia y falta de autorización para proceder criminalmente. Estas excepciones deben ser resueltas en la misma audiencia de preparación del juicio oral. De ser rechazadas, el procedimiento sigue adelante. "La resolución que recayere respecto de dichas excepciones será apelable" (Art. 271 inc. 2º), sin que corresponda distinguir si la resolución acoge o deniega la excepción porque se trata de un caso especial en que la ley expresamente concede el recurso, situación que está permitida en el Art. 370 letra b) del C.P.P.

La norma legal pertinente no regula la situación que se presenta cuando el juez de garantía acoge una excepción de incompetencia, litis pendencia y falta de autorización para proceder criminalmente, respecto del curso ulterior del procedimiento. La respuesta dependerá de la naturaleza de cada una de las excepciones acogidas. Así, la incompetencia provocará la remisión del caso al tribunal competente (debiendo tenerse presente el tenor del art. 74 CPP), la falta de autorización para proceder criminalmente dará origen a una suspensión del procedimiento mientras se obtiene la autorización correspondiente, la litis pendencia obliga a suspender el procedimiento mientras se falle la causa pendiente.

b. Las excepciones de cosa juzgada y extinción de la responsabilidad penal pueden resolverse en forma inmediata, o bien, postergarse su decisión para el juicio oral. La decisión de acoger una o más de las excepciones se tomará en la audiencia, "siempre que su fundamento se encuentre suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación (Art. 271 inc. 3º)".

Si ello no estuviere suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación, el juez de garantía "dejará la resolución de la cuestión planteada para la audiencia del juicio oral" (Art. 271 inc. 3º). Esta última resolución no es susceptible de apelación (Art. 271 inc. 3º).

Ahora bien, si se acoge una o más de las excepciones referidas en el párrafo b. anterior, atendida su naturaleza, el juez de garantía debe decretar el sobreseimiento definitivo, pero ello sólo procederá -como se señaló- sobre la base de que existan suficientes fundamentos en los antecedentes de la investigación, en caso contrario, dejará la cuestión planteada para ser resuelta en la audiencia del juicio oral, resolución que es inapelable.

Finalmente, el Art. 271 inc. 1º no distingue, permitiendo presentar antecedentes relevantes para la decisión de las excepciones durante la audiencia y, por lo tanto, respecto de cualquiera de las ellas el tribunal debe abrir un debate y puede permitir la presentación de antecedentes relevantes para la decisión de las cuestiones planteadas.

La resolución que, al acoger las excepciones indicadas en el Art. 264 letras c) y e), sobresee definitivamente la causa, es apelable en virtud de lo dispuesto en los

Arts. 253 y 370 a) del Código Procesal Penal.

Por último, las excepciones de cosa juzgada y extinción de la responsabilidad penal pueden ser planteadas en el juicio oral "si no fueren deducidas para ser discutidas en la audiencia de preparación del juicio oral" (Art. 265).

Por la vía de la interpretación entendemos que esta situación se refiere, desde luego, a aquellas excepciones que no se opusieron en la audiencia de preparación y, además, aquellas opuestas pero respecto de las cuales el tribunal resolvió que no las resolvería de inmediato, dejando su resolución para el juicio oral.

Lo que no puede aceptarse es que respecto de excepciones rechazadas en la audiencia de preparación del juicio oral, el acusado pretenda renovarlas durante el juicio oral, pues ello importaría una vulneración de la autoridad de cosa juzgada que emana de la interlocutoria que rechaza estas excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Por consiguiente, el acusado debe optar entre la promoción de estas excepciones en la etapa de la preparación del juicio oral o la reserva de su interposición para el desarrollo de su defensa en el juicio oral.

5.2. Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes (Art. 272 del C.P.P.).

Es claro que las partes tienen que ofrecer la prueba que rendirán en el juicio oral, sea para sustentar la acusación y la demanda civil o para apoyar la defensa del acusado y/o demandado civil, en las oportunidades previstas en los artículos 259 letra f), 261 letra c) y 263 c) del C.P.P. No pueden ofrecerse o señalarse otras pruebas por los intervinientes fuera de las oportunidades mencionadas en las normas legales citadas, por lo que sería improcedente que, en la audiencia de preparación del juicio oral, se introdujeran otros medios de prueba no señalados oportunamente.

El juez de garantía tiene que abrir debate sobre las pruebas ofrecidas y escuchar las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes en relación a las pruebas ofrecidas "para los fines previstos en los incisos 2º y 3º del artículo 276", esto es, para determinar la pertinencia de la prueba testimonial y documental puramente dilatoria, para excluir aquellas pruebas que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales.

Por consiguiente, existe un control de admisibilidad de las pruebas de parte del juez de garantía, pudiendo rechazar o excluir todas o algunas pruebas ofrecidas por las partes. Luego, todas las pruebas que no han sido rechazadas o excluidas por el juez de garantía, deben ser indicadas en el auto de apertura del juicio oral y las partes podrán rendirlas durante la audiencia del juicio oral, por lo que es oportuno referirse a continuación a las pruebas que se excluyen por el juez de garantía durante la audiencia de preparación del juicio oral.

5.3. Exclusión de pruebas para el juicio oral (Art. 276).

Como se sabe, corresponde al ente acusador la carga de la prueba en el proceso penal, de modo que la depuración de los medios de prueba que se produce en la etapa intermedia resulta trascendental para lo que deberá acontecer en el juicio oral.

Normalmente será la defensa la que tomará la iniciativa en este tema, promoviendo los incidentes respectivos a fin de excluir de la acusación aquello que la pueda afectar en el juicio.

Por regla general, toda la prueba ofrecida por los intervinientes es, en principio, admisible, y sólo por excepción se puede excluir una prueba. Ello se desprende del tenor literal del artículo 276 CPP, que establece causales de exclusión taxativas y excluyentes.

En virtud de lo anterior, los fiscales deben preparar debidamente sus argumentos en defensa de la prueba de cargo y, en lo posible, respecto de cada una de las reglas de exclusión que se detallarán más adelante, teniendo presente las distintas consecuencias que, para la teoría del caso de la fiscalía y el curso ulterior del proceso, puede acarrear la aceptación de uno u otro capítulo de exclusión.

La disposición legal en referencia establece, luego, las siguientes reglas o causales de exclusión de prueba:

a) Pruebas excluidas por ser manifiestamente impertinentes o que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios. (Art. 276 inc. 1º).

En cuanto a la pertinencia de las pruebas, el juez de garantía debe rechazar toda prueba que no esté relacionada con los hechos contenidos en las acusaciones o en la defensa del acusado. La impertinencia debe ser –además– manifiesta; esto es, emanar con claridad de los antecedentes tenidos a la vista o argumentados por los intervinientes.

En esta materia, sostenemos que es pertinente, vale decir, conducente al juicio, la prueba sobre comportamientos anteriores del acusado (testigos de contexto); por cuanto, en un régimen de amplia libertad probatoria como el nuestro, de ella el juzgador puede extraer elementos que contribuyan al enjuiciamiento actual, tanto para descartar su eventual participación en los hechos, como para confirmarla.

De otro lado, en lo relativo a los hechos públicos y notorios, el nuevo sistema sigue las tendencias doctrinarias comparadas que estiman que este tipo de hechos no ameritan ser probados. Ya nuestro Código de Procedimiento Civil, en materia de incidentes, en su artículo 89, permite al tribunal fundar su resolución en hechos que sean de pública notoriedad. En esta materia, no debe olvidarse que la notoriedad no es suficiente sino que tiene que estar acompañada de la circunstancia de ser pública.¹

b) Prueba testimonial y documental que el juez de garantía estime que produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral (Art. 276 inc. 2º).

La norma legal se pone en el caso de que los testimonios y documentos ofrecidos acrediten unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal del juicio oral en lo penal.

¹ Doctrinariamente, se entiende –siguiendo a E.J. Couture– que el hecho notorio es aquel que entra naturalmente en el conocimiento o la información normal de los individuos en un lugar o en un círculo social determinado, y en un momento determinado, que es el momento en que se produce la decisión, sin que implique un conocimiento absoluto ni efectivo –vale decir, in situ– respecto de los hechos, pero que entra en el saber privado de los individuos, en general, y entre ellos en el del juez, haciendo excepción al principio de necesidad de prueba.

En cuanto a la falta de pertinencia sustancial con la materia debatida, la norma repite nuevamente un concepto que ya estaba expresado en el inciso anterior del Art. 276, de modo que no hay comentario especial al respecto.

En cambio, sí hay que destacar que también pueden rechazarse las pruebas testimoniales y documentales que son repetitivas en cuanto acreditan o pretenden acreditar el mismo hecho. Por ejemplo, si un hecho que está suficientemente probado mediante documentos se quiere acreditar también con testigos.

No parece procedente que el tribunal de garantía proceda a reducir el número de testigos, basándose exclusivamente en un factor numérico; ya que el concepto empleado por la ley es otro (“efectos puramente dilatorios”), no existiendo límites en cuanto al número de testigos o de documentos que las partes pueden ofrecer, sin descartarse –por el contrario, resultando en ocasiones indispensable- que en procesos complicados por delitos económicos, de corrupción, de gran complejidad o de mucha gravedad, el número de pruebas sea bastante apreciable.

Respecto a la prueba pericial, la reducción de los informes y peritos que pueden ofrecer las partes no está contemplada en el artículo 276 inc. 2º sino en el artículo 316, que otorga igualmente al juez la posibilidad de limitar el número de informes o de peritos, cuando resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio. De modo que también es aplicable a este medio de prueba la causal de exclusión que se comenta.

c) Exclusión de pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas (Arts. 276 inc. 3º).

Esta materia hay que relacionarla con las reglas sobre nulidades procesales mencionadas en los artículos 159 y siguientes (Título VII del Libro I del C.P.P.).

Del estudio de dichas normas aparece claramente que la nulidad procesal debe ser declarada judicialmente por el tribunal competente no habiendo nulidades de pleno derecho, dado que las mismas pueden sanearse por falta de reclamo oportuno, porque el perjudicado acepta expresa o tácitamente los efectos del acto y, también, cuando, a pesar de los vicios, el acto cumple con todas las finalidades previstas en la ley (Art. 164).

Sin entrar al estudio particular de la nulidad procesal puede sostenerse, con absoluta seguridad, que si la nulidad no ha sido declarada anteriormente por el tribunal; no puede el juez de garantía, en la audiencia de preparación del juicio oral, excluir una prueba en virtud de esta causal. Con todo, no se puede reclamar la nulidad de ninguna actuación verificada durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral (art. 161 CPP)

La otra observación que debe hacerse es que la nulidad procesal sólo se refiere a "las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad".

Por consiguiente, la nulidad procesal no se refiere y no afecta a las actuaciones o diligencias de la investigación dirigida por el fiscal, sino que únicamente a lo obrado por el órgano jurisdiccional. Por otra parte, ello no es suficiente para decretar la nulidad, resultando aplicable el principio básico en esta materia, consistente en que no hay nulidad sin perjuicio

(Principio de trascendencia o protección), que limita ostensiblemente las posibilidades de anulación, principalmente, sobre la base de deficiencias meramente formales que no inciden en materia de garantías.

d) Pruebas excluidas por haber sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales (Art. 276 inc. 3º).

Esta regla de exclusión incorporada en nuestro Código, recoge lo que en doctrina se denomina como "Teoría de la Prueba Ilícita", según la cual, si bien se justifica que el proceso penal busque una respuesta social al delito e, incluso, la condena del culpable, ello no puede ser a cualquier evento, debiendo, en un Estado de Derecho, existir límites a la actividad persecutoria del Estado. Según los términos del art. 276 CPP, el límite estaría dado en que la prueba de cargo no puede ser obtenida con infracción a derechos fundamentales, particularmente aquellos correspondientes al imputado.

De partida, la ilicitud de la prueba debe referirse a su **obtención** con inobservancia de las garantías fundamentales y no debe confundirse con la prueba cuyo **contenido** pudiera afectar dichas garantías.

Por otra parte, las garantías fundamentales que pueden ser afectadas están contenidas en la Constitución, en los tratados internacionales o en las leyes ordinarias, tales como el Código Procesal Penal. Este último cuerpo legal establece muchas disposiciones tendientes a garantizar los derechos del imputado y restricciones a las actuaciones de los fiscales y de las policías, quienes deben, en ciertos casos, actuar previa autorización del juez de garantía o cumpliendo con algunas formalidades. Así por ejemplo, hay entradas y registros a lugares cerrados e incautaciones que deben ser previamente autorizadas por el juez y lo mismo sucede con las interceptaciones telefónicas o de las comunicaciones. Si el resultado de estas actuaciones, cuando no han sido autorizadas por el juez, allega pruebas a la investigación, el fiscal no podría utilizarlas durante el juicio oral y en la preparación del mismo pueden ser excluidas, a petición del imputado o de su defensa. Lo anterior está en consonancia con lo dispuesto en el Art. 83 de la Constitución Política de la República.

Directamente vinculado al tema de la prueba ilícita, fluye la situación de la llamada "**Prueba Derivada**"; es decir, aquélla que, si bien está conectada con la prueba ilícita, tiene una entidad propia. Como cuando del resultado de una interceptación telefónica no autorizada judicialmente, se obtiene la identidad de un testigo que luego declara en la investigación, con plena observancia de las garantías procesales. Aquí la discusión se centra respecto a si la ilicitud de la prueba primaria es comunicable o no a la prueba secundaria

Esta fiscalía se inclina por la tesis restrictiva de la prueba ilícita y, por lo tanto, si en la prueba derivada se han observado las garantías procesales, ella debería ser considerada en el juicio oral y no excluida en la audiencia de preparación del juicio.

Concretamente y, coherente con planteamientos de la moderna doctrina procesal penal que se refieren a la "Teoría de los frutos del árbol envenenado", los fiscales deberán oponerse a la exclusión de prueba derivada sobre la base de argumentos como los que se refieren a continuación:

d.1. Criterio de la fuente independiente:

Debe sostenerse que, si la evidencia se obtiene a través de una vía diversa a aquélla que adolece de la ilegalidad contaminante, no tiene lugar el efecto excluyente pues

la prueba, en este caso, no proviene del árbol sino que tiene un origen independiente.

d.2. Criterio del descubrimiento inevitable:

De acuerdo a este criterio, el efecto contaminante de la prueba ilícita originaria no tiene lugar si, pese a haberse encontrado la evidencia por obra de un proceder ilegal, la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por actuaciones acordes y respetuosas de los derechos fundamentales.

d.3. El principio de la conexión atenuada:

Sobre la base de este principio, si bien se reconoce la existencia de lesión a un derecho fundamental, se estima que, siendo tan atenuada la conexión entre la ilegalidad y la evidencia cuestionada resulta improcedente la exclusión de la última. Asimismo, la Jurisprudencia –básicamente norteamericana- ha expresado cuáles serían los factores de atenuación

d.3.1. La proximidad temporal: Mientras mayor sea el tiempo transcurrido entre la vulneración de derechos y la obtención de la prueba cuestionada, más improbable debiera resultar su exclusión por el órgano jurisdiccional.

d.3.2. El largo de la cadena causal: Mientras más extensa sea la cadena causal de acontecimientos que median entre la ilicitud primitiva y la aparición de la prueba discutida, más probable resulta que el órgano jurisdiccional la admita.

d.3.3. La concurrencia de un acto voluntario: Este factor discurre sobre la base de la purga de la ilicitud en base a un acto voluntario del afectado por la misma lo que si bien puede resultar, en principio, riesgoso, es coherente con el saneamiento de las nulidades, ámbito dentro del cual nos encontramos insertos.

d.3.4. La flagrancia de la ilegalidad: Este criterio implica que, mientras más patente, manifiesta, evidente es la lesión al derecho fundamental de la prueba primitiva, más probable es que su ilicitud contamine a la prueba que de ella derive y, por el contrario, mientras menos notoriedad encontremos en la misma, menos probable debiera ser la exclusión de esta última.

Por otra parte, en relación a la posibilidad de imputar ilicitud a la prueba aportada por otros intervinientes, creemos que la concepción de prueba ilícita, ligada desde su origen a la actuación de los agentes estatales, exige, en la actualidad, una interpretación más acorde con los principios y normas que constituyen nuestro nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. De esta forma, sabemos que una de las ideas fuerza del mismo estuvo dado por el fortalecimiento de las garantías individuales de **los intervinientes** en el proceso. Si bien esta idea ha destacado bastante en lo relativo a los derechos y garantías del imputado, es claro que el tema no se agota en este sujeto procesal sino que alcanza a todos los intervinientes y, entre ellos, con notable importancia, a la víctima del ilícito. Consecuente con ello, no resulta posible concluir que la actividad del imputado o de su defensa tendiente a recopilar material probatorio pueda afectar derechos o garantías de los demás intervinientes en el proceso y quedar exento de control o de sanción.

Lo anterior no es un razonamiento fundado sólo en principios sino que reconoce también fundamento positivo. Así, debemos recordar que el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a un proceso y a una investigación racionales y justos. Si bien esta norma constitucional fue modificada a efectos de incluir la labor de la investigación cuando se creó, con rango constitucional, el Ministerio Público, debemos entenderla en el sentido de que todas las personas tienen derecho a que la etapa de investigación en un proceso en que se encuentran involucradas se lleve a cabo

con pleno respeto a los derechos y garantías que a cada uno le corresponden y les son asegurados.

La Constitución Política, además de asegurar a las víctimas (como a cualquier persona) el derecho a un debido proceso, le asegura una debida protección, encomendando ésta al órgano encargado de la persecución penal y le confiere, además, el derecho a ejercer la acción penal.

En rango legal, el Código Procesal Penal establece un catálogo de derechos a favor de las víctimas que podemos, a grandes rasgos, clasificarlos como: derecho al trato digno, derecho a la información, derecho a la protección, derecho a ejercer pretensiones penales, derecho a ejercer funciones de control y contrapeso sobre el aparato de justicia en general y derecho a la reparación.

El Ministerio Público tiene un rol fundamental en la concreción de estos derechos, no obstante, no es el único que debe preocuparse de los mismos y así podemos encontrar ciertos deberes establecidos para el órgano jurisdiccional y para las policías. Sin embargo, lo que parece aún de mayor significación, es que logre advertirse que todos los actores del sistema penal deben adecuar sus actuaciones a estas normas y principios inspiradores y, por lo tanto, que aún cuando el imputado o su defensa no tengan la obligación de materializar los derechos que el sistema reconoce a la víctima, ellos no están exentos del deber de respetar los mismos y, por el contrario, están sujetos a la prohibición de desconocerlos.

Nos parece que éste es un límite que no puede dejar de desconocerse respecto de la actividad de los defensores en la etapa de investigación, más allá de las disquisiciones teóricas tendientes a determinar si la prueba ilícita puede tener origen en las actuaciones de privados. Vale decir, más allá de dicha discusión, lo importante es establecer el límite en el respeto de los derechos y garantías de los intervinientes en el proceso. Siendo la actividad de imputado y defensor una actividad no oficial dentro de la etapa de investigación, estimamos que el control y el apego a las normas debe ser sumamente estricto de modo de no ocasionar un desprestigio del sistema.

Por lo demás y siempre dentro del ámbito del respeto a los derechos de los intervinientes, la primera limitación estará constituida por el reconocimiento de que la actividad del imputado o su defensa en la etapa de investigación SÓLO puede estar orientada a recopilar antecedentes que puedan hacer valer posteriormente en apoyo de sus pretensiones o que puedan aportar al fiscal para lograr la realización de ciertas diligencias por el órgano encargado de la persecución penal, sin que ello implique la vulneración de derechos fundamentales de otros intervinientes.

Finalmente en relación a este tema, los fiscales deben tener presente, en la evaluación de la prueba de la defensa, que los funcionarios de la Policía de Investigaciones se encuentran impedidos de efectuar informes periciales para las defensas de los imputados en procesos penales (Dictamen 11.461 de 2006 C.G.R.) y que su participación en calidad de testigos es contraria a la probidad si tomaron conocimiento del hecho a sabiendas que la materia respectiva podía dar lugar a un proceso penal (Dictamen 22.349 de 2007 C.G.R.). **Esta fiscalía, además, es de opinión que estas incompatibilidades son aplicables también a los funcionarios de los demás organismos auxiliares, tales como el Servicio Médico Legal, Gendarmería de Chile y otros.**

La norma indica textualmente, en la parte pertinente, que "el auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente".

Por consiguiente, el recurso de apelación está reservado exclusivamente al Ministerio Público y respecto, únicamente, de la exclusión de pruebas por provenir de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y de aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

De esta manera, los fiscales no pueden apelar por la exclusión de pruebas en los casos prevenidos en los incisos 1° y 2° del Art. 276, esto es, pruebas rechazadas por ser impertinentes o dilatorias o presentadas para acreditar hechos públicos y notorios.

La razón de esto es clara, la extensión del agravio es distinta en uno u otro caso. En las reglas de los incisos 1° y 2° la exclusión normalmente no será medular o ésta podrá ser suplida por las demás pruebas ofrecidas, mientras que la exclusión por la regla del inciso 3° importará un reproche judicial mucho más severo, de ilicitud que, en definitiva, puede concluir con la imposibilidad de acreditación del ilícito por parte del ente persecutor y, por ende, de la concreción de la pretensión punitiva estatal. **Por ello, los fiscales deberán poner especial atención en el debate sobre ilicitud de prueba, requiriendo del tribunal un pronunciamiento explícito sobre el incidente respectivo, controvirtiendo si, habiéndose trabado el debate sobre prueba ilícita, la exclusión es declarada, en definitiva, por una causal distinta que no dé derecho a impugnación, o bien, no se expresa claramente la causal, de modo de imposibilitar la impugnación.**

El recurso de apelación interpuesto por el fiscal debe concederse en ambos efectos y éste es uno de los pocos casos en que la apelación no se concede en el sólo efecto devolutivo, que es la regla general establecida en el Art. 368 del C.P.P.

Ahora bien, si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto (artículo 277 inciso final).

5.4. Las convenciones probatorias (Art. 275).

El fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado pueden solicitar en conjunto al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos, vale decir, celebrar convenciones probatorias. Éstas sólo pueden recaer sobre los hechos o circunstancias que constituyen el objeto del juicio oral, es decir, sobre cuestiones de fondo y no pueden referirse a aspectos procesales.

Se trata de determinar la cuestión controvertida entre las partes. Es obvio, además, que dentro del objeto del juicio oral también se encuentren las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y sobre éstas pueden haber acuerdos probatorios en cuanto a los hechos que la sustentan.

El juez de garantía puede proponer convenciones probatorias a los intervinientes

(artículo 275).

Estas convenciones encuentran fundamento en razones de economía procesal, en la medida que permiten que, durante, el juicio oral se rinda prueba exclusivamente respecto de hechos o circunstancias que son controvertidas entre las partes.

Como se observa, la convención únicamente recae sobre hechos que no es necesario acreditar o rendir prueba, pero no se refiere a los medios probatorios que las partes estipulan omitir en el juicio oral pese a haber sido ofrecidos (tales como prescindir en el juicio oral de la lectura o exhibición de un documento u otra prueba, por ejemplo).

Por consiguiente, los fiscales deben oponerse y no deben prestar su acuerdo para que, en la audiencia de preparación del juicio oral, se disponga que un determinado documento o prueba no se lea o no se exhiba en el juicio oral. Ello es una materia de competencia exclusiva del tribunal del juicio oral en lo penal.

Ahora bien, si se han celebrado válidamente convenciones probatorias y éstas han sido aprobadas por el juez de garantía sobre un hecho relevante, este hecho no podrá ser discutido en el juicio oral y tendrá que tenerse por acreditado en la sentencia que dicte el tribunal del juicio oral.

5.5. Nuevo plazo para presentar prueba (Art. 278). Suspensión de la audiencia de preparación de juicio oral.

Al terminar la audiencia, si el juez de garantía comprueba que el acusado no hubiere ofrecido oportunamente prueba por causas que no le fueren imputables, podrá suspender la audiencia hasta por un plazo de diez días.

Esta es una garantía que sólo beneficia al imputado acusado y, además, constituye una causal de suspensión de la audiencia, lo que por cierto es excepcional.

El juez en esta materia trata de cautelar las garantías del imputado y su labor, que puede ser oficiosa, no necesariamente a petición de parte, coincide y armoniza plenamente con otras disposiciones del nuevo Código, como por ejemplo, la del artículo 10.

De otro lado, la suspensión de la audiencia de preparación de juicio oral no puede decretarse en casos distintos a los autorizados por la ley; como, por ejemplo, para permitir la rendición de nuevas pruebas o con motivo del cambio de defensor de uno de los imputados que adujo necesitar más tiempo para estudiar los antecedentes del caso.

Este Fiscal Nacional considera que estas últimas prácticas no se ajustan a derecho, tampoco a los principios fundamentales del nuevo proceso que exigen celeridad y no volver atrás en procesos en que la investigación está cerrada y con acusación fiscal presentada.

En razón de lo anterior, se ha estimado necesario orientar a los fiscales de manera de oponerse a estas últimas suspensiones y deducir los recursos procesales, en cuanto ellos procedan, para dejar sin efecto suspensiones que exceden los límites permitidos en el código procesal penal.

Así, tanto en la hipótesis que el juez no haya fijado plazo para la suspensión (lo que significa que la suspensión es por plazo indefinido) como aquella en que ordena suspender la audiencia por más de 30 días, el fiscal podrá apelar de la resolución, en conformidad al art. 370, letra a) del Código. Si el juez de garantía no concediera el recurso, deberá recurrirse de hecho.

5.6. Prueba anticipada (Art. 280).

Hay que relacionar esta materia con lo dispuesto en los artículos 191, 191 bis y 192 del CPP, que se refieren a la prueba anticipada en la etapa de investigación.

Ahora bien, el artículo 280 también permite pedir, durante la audiencia de preparación del juicio oral, una prueba anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191, es decir, se requiere también de testigos que ya han declarado ante el fiscal o su abogado asistente y respecto de los cuales se ha apreciado que tienen obstáculos insalvables como para esperar la audiencia del juicio oral para declarar.

De esta forma y, en primer lugar, no es aceptable que se pida la prueba anticipada respecto de testigos que no han declarado previamente ante el fiscal o su abogado asistente, ya que es precisamente en esta actuación en que el testigo debe ser prevenido respecto de su obligación de comparecer y declarar en el juicio oral, siendo ésta la oportunidad en que él podrá manifestar la existencia de algún impedimento.

Lo anterior no implica que estos obstáculos no hayan estado de manifiesto al momento indicado precedentemente o hayan surgido con posterioridad a la declaración, lo que igualmente habilita al fiscal para solicitar la prueba testimonial anticipada en la audiencia de preparación del juicio oral.

La prueba anticipada en la investigación está limitada a la prueba testimonial y la que se solicita en la audiencia de preparación incluye también la declaración de peritos, en conformidad con las normas del párrafo 6° del Título III, del Libro Segundo, cuando fuere previsible que la persona de cuya declaración se tratare se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso 2° del artículo 191.

Solicitada la prueba anticipada en la audiencia de preparación de juicio oral, el juez de garantía citará a una audiencia especial para recibirla (artículo 280 inciso final).

Con todo, si con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, algunas de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191 o se tratare de la situación señalada en el artículo 191 bis, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía, en audiencia especial citada al efecto, la rendición de prueba anticipada (artículo 280 inciso 2°).

5.7. Conciliación sobre la responsabilidad civil (Art. 273).

Si hay demanda civil del querellante, el juez debe llamar a conciliación a éste y al imputado y proponerles bases de arreglo. Si no se produjere, el juez deberá resolver las medidas cautelares reales que la víctima hubiere formulado al deducir su demanda civil.

5.8. Otras cuestiones que pueden ser tratadas y resueltas en la audiencia de preparación del juicio oral.

Prisión preventiva

La solicitud de prisión preventiva puede plantearse verbalmente en la audiencia de preparación del juicio oral, como, asimismo, su modificación, revocación y sustitución (art. 142, 144 y 145). Igual debate puede surgir sobre la procedencia, duración, impugnación y ejecución de otra medida cautelar personal (art. 155).

Acuerdos reparatorios y suspensión condicional del procedimiento

Una vez declarado el cierre de la investigación, la audiencia de preparación representa el único momento en que puede solicitarse y decretarse el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del procedimiento (artículo 245 del Código). Estas materias no podrán volver a plantearse durante el desarrollo del juicio oral.

Al terminar la audiencia de preparación del juicio oral y no habiéndose solucionado el conflicto penal mediante las salidas alternativas ni haberse resuelto emplear el procedimiento abreviado, el juez de garantía deberá dictar un auto de apertura del juicio oral en los términos señalados en el artículo 277 del CPP.

La presente instrucción general sólo alude a aquellas materias en que se ha estimado necesario, por parte de este Fiscal Nacional, impartir criterios de actuación que orienten la actuación de los fiscales en las actividades que tienen o pueden tener lugar durante la audiencia de preparación de Juicio Oral, de modo de propender eficazmente a la unidad de acción del Ministerio Público.

Por tanto, cualquier materia no tratada en el presente oficio, o bien, cuestiones que surjan en relación al mismo, deberán ser canalizadas a través de las Unidades de Asesoría Jurídica Regionales, quienes a su vez, las informarán a la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional.

Los fiscales regionales velarán por la correcta aplicación del presente oficio, con el objeto de uniformar la aplicación e interpretación de la normativa propia de las actividades que tienen o pueden tener lugar durante la audiencia de preparación de Juicio Oral, de modo que no existan posiciones disímiles sobre la materia en el Ministerio Público.

Saluda atentamente a UDS,



SABÁS CHAHUÁN SARRÁS
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

SCHS/MPS/JVG

Anexo Oficio FN N° 284/2010

**INSTRUCTIVOS Y OFICIOS QUE QUEDAN SIN EFECTO
POR OFICIO FN N°284/2010**

- 1.- Oficio FN N° 124 de 29 marzo 2001, que contiene Instructivo N° 56 sobre la audiencia de preparación del juicio oral.
- 2.- Oficio FN N° 310 de 17 julio 2001, que contiene Instructivo General N° 71 que se refiere a la presentación de los informes periciales de la policía y la declaración de los peritos en el juicio oral.
- 3.- Oficio FN N° 167 de 16 abril 2002, que orienta a los fiscales en el tema de la exclusión de la prueba ilícita.
- 4.- Oficio FN N° 440 de 17 septiembre 2003, sobre suspensión de la audiencia de preparación de juicio oral.
- 5.- Oficio FN N°295 de 2 julio 2004, sobre criterios de actuación en caso de que testigos o víctimas presentados por la fiscalía sean también presentados como testigos por la defensa del imputado.
- 6.- Oficio FN N° 573 de 22 diciembre 2004, envía informe del profesor Raúl Tavolari sobre invalidez de la prueba testimonial en juicio, de testigos que no declararon en fiscalía.
- 7.- Oficio FN N°285 de 13 mayo 2005, informa sentencia de la Excma. Corte Suprema dictada en recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en causa sobre robo con violencia.
- 8.- Oficio FN N° 352 de 15 junio 2005, se refiere a informe en derecho del profesor Raúl Tavolari sobre la admisibilidad de la prueba de testigos encaminada a acreditar comportamientos anteriores del acusado (testigos de contexto).
- 9.- Oficio FN N° 221 de 15 marzo 2006, se refiere a dictamen de la Contraloría General de la República: funcionario de la Policía de Investigaciones no puede ser perito de la Defensoría.
- 10.- Oficio FN N° 395 de 8 mayo 2006, informa dictamen de Contralor General de la República sobre pericias emitidas por funcionarios públicos y su mérito probatorio en general.
- 11.- Oficio FN N° 699 de 29 mayo 2007 sobre dictamen de Contraloría General de la República que se refiere a inhabilidad de funcionarios de la Policía de Investigaciones para desempeñarse como peritos particulares.