

De vuelta con las preguntas aclaratorias de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, el debido proceso y un sistema acusatorio

La situación Chilena

Diego Palomo
Rolando Correa*

I. Introducción [\[arriba\]](#)

En los últimos años, el estudio tradicional de los postulados esenciales del debido proceso ha debido ser reformulado con la finalidad de adecuar su comprensión a las garantías contempladas en los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país que versan sobre Derechos Humanos y que gozan, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de nuestra Constitución Política, de rango o jerarquía Constitucional[1]. Así, desde el mes de diciembre del año 2000 se encuentra rigiendo el Código Procesal Penal, cuerpo normativo que vino a adecuar nuestra legislación procesal penal haciéndola coherente con los postulados del debido proceso contenidos en dichos Tratados[2].

Dentro de los principios, destaca por su trascendencia la imparcialidad del juzgador, la que no es reconocida expresamente por nuestro Constituyente, ya que al analizar lo dispuesto en el artículo 19 N°3 incisos tercero[3] y sexto[4] de nuestra Carta Fundamental, no constatamos su consagración explícita, sino que para verificar su efectiva vigencia en nuestro ordenamiento debemos recurrir a otras fuentes normativas, tales como los señalados Instrumentos Internacionales y a una interpretación armónica y coherente del sistema procesal en su conjunto.

Esta garantía se concibió tradicionalmente desde su perspectiva orgánica, pero actualmente, el objeto de análisis se centra en la denominada imparcialidad subjetiva del sentenciador, entendida como el distanciamiento del juzgador de la posición de las partes, debiendo limitarse a resolver el conflicto de acuerdo al sólo mérito del proceso; vale decir, fallar de acuerdo a lo aportado única y exclusivamente por los litigantes[5]. Esta evolución de su contenido es recogida en los postulados del sistema acusatorio contemplados en nuestro Código Procesal Penal, el que concibe al juez “como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes...[6]” y al juicio como “una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa de un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción[7].”

En este contexto, y como lo hemos puesto de relieve en otro lugar[8], la proposición y rendición de la prueba corresponderá exclusivamente a los intervinientes; vale decir, al acusador y la defensa, sin que el tribunal cuente con iniciativa probatoria de ninguna especie, resguardando de esta forma la garantía de la imparcialidad y reconociendo el exclusivo y activo rol de las partes en lo referido a la proposición y rendición de la prueba[9]-[10].

No obstante lo señalado, existen ciertos elementos dentro de la estructura de nuestro Código Procesal Penal que, mal utilizados, podrían quebrantar la garantía de la imparcialidad. Nos referimos a las denominadas “preguntas aclaratorias”, contempladas en el inciso cuarto del artículo 329 de este cuerpo legal. Este inciso permite, dentro del marco de la audiencia de juicio oral, que los miembros del

tribunal realicen preguntas a los testigos o peritos destinadas a aclarar sus dichos, disponiendo al efecto: “Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos.”; pudiendo ejercer esta facultad una vez que los testigos o peritos han prestado declaración y han sido objeto del examen directo y contraexamen por parte de los intervinientes.

Como veremos, dicha facultad no ha estado exenta de problemas en su aplicación práctica, ya que en algunos casos los miembros del tribunal, con su ejercicio, han excedido el marco legal permitido para su aplicación, transformándola en un verdadero nuevo examen de los testigos o en una fuente de ingreso de nueva información al abordar puntos no comprendidos en la primitiva declaración del deponente, infraccionando de esta forma la garantía de la imparcialidad subjetiva del juzgador.

Este problema jurídico reviste especial trascendencia y relevancia práctica, ya que se debe buscar la fórmula que permita encontrar un punto de equilibrio entre el respeto a la garantía referida con el ejercicio de la facultad contemplada en el inciso cuarto del artículo ya citado.

Lo que sigue en estas líneas, pretende justamente establecer algunos parámetros con la finalidad de circunscribir su utilización práctica bajo una óptica coherente con el respeto a la imparcialidad subjetiva del juzgador como un contenido esencial del debido proceso.

II. La imparcialidad del juzgador como un contenido esencial del debido proceso en general y del sistema acusatorio en particular [\[arriba\]](#)

Al realizar un breve análisis de las funciones de las partes y del juez dentro de un sistema procesal[11], verificamos que tanto la actividad del sentenciador como el rol de las partes deben enmarcarse dentro de los principios del debido proceso[12], los que son recogidos por nuestro Constituyente en el artículo 19 N°3, inciso sexto[13], bajo la óptica de su legalidad; vale decir, el juez además de aplicar las normas jurídicas atinentes al caso y que se plasmarán en su sentencia, para que ésta sea válida, deberá motivarla y fundarla en un proceso previo, anterior a su dictación, el que deberá ceñirse en sus aspectos esenciales a las garantías de un procedimiento racional; o sea que éste sea un proceso motivado y razonado, no un mero arbitrio o remedo del cual sólo tenga su nombre[14].

En cuanto a las garantías de un justo (debido) proceso sólo mencionaremos, por no corresponder al objeto de este trabajo, que nuestro Constituyente deja entregado al legislador el complemento y desarrollo de su contenido, lo que debe llevarse a cabo en consonancia con lo dispuesto en los referidos Tratados Internacionales.

Por lo anterior, debemos establecer a lo menos un estándar mínimo para poder hablar de la existencia de un debido proceso. Doctrinariamente, se señalan como contenidos mínimos aquellos postulados elementales de justicia o de equilibrio en las “reglas del juego”, los que deberán estar presentes siempre. De verificarse su efectiva vigencia, podremos concluir entonces la existencia de un umbral mínimo de expectativas satisfechas en relación al debido proceso. Estos postulados elementales están conformados por la independencia del juzgador (independencia del Poder Judicial); la imparcialidad; la contradictoriedad y la igualdad de armas.

En relación a la independencia de los jueces, la actividad jurisdiccional debe encontrarse separada del ejercicio de las funciones de los otros poderes del Estado tanto desde el punto de vista orgánico como funcional. En nuestro sistema, manifestaciones de este principio serían que la función jurisdiccional es un poder del Estado, separado del Ejecutivo y el Legislativo.

El principio de contradictoriedad[15] implica que las partes deben estar en un plano de igualdad entre ellas y más específicamente, en base a lo que ellas aporten durante el proceso el juez formará su convicción, la que se plasmará en la sentencia[16].

La igualdad de armas, como derivación del principio anterior, se encuentra referida a que cada una de las partes dentro del proceso realiza sus propias alegaciones y en relación a éstas debe aportar prueba con la finalidad de confirmarlas, estableciéndose el derecho de la contraria de conocer oportunamente tanto las alegaciones como las probanzas, permitiéndose a su vez la aportación de su propia prueba destinada a controvertir la prueba contraria, significando la “paridad de oportunidades y de audiencia[17].”

La imparcialidad del juez se encuentra referida a que no debe tomar posición respecto de las partes, no pudiendo tener “favoritismo” o “animadversión” respecto de alguna de ellas; vale decir, el juez debe fallar sólo de acuerdo al mérito del proceso, dejando de lado cualquier tipo de interés, percepción u opinión personal al respecto, para lo cual “no deberá estar colocado en la posición de parte ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo[18]-[19].”

Como se advertirá, la imparcialidad es el principio matriz a través del cual se desarrollan todos los otros principios. En efecto, de nada vale la consagración normativa de una serie de garantías y derechos dentro de un ordenamiento jurídico si no se respeta efectivamente la imparcialidad tanto objetiva como subjetiva del juzgador, siendo ésta una condición esencial para la vigencia efectiva del debido proceso[20].

III. La imparcialidad del juzgador y la aportación de prueba en el sistema acusatorio recogido en el Código Procesal Penal Chileno [\[arriba\]](#)

Al adscribir nuestro legislador procesal penal al sistema acusatorio, lo que realizó en definitiva fue reforzar el principio de imparcialidad, en especial la subjetiva, dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Este sistema se estructura en su base sobre una marcada separación de los roles de sus actores, en especial en materia probatoria. Al analizar el Código Procesal Penal, advertimos que ya en su Mensaje recoge sus postulados, manifestando como opción, desde la perspectiva valorativa, que los juicios deben llevarse a cabo ante un tribunal imparcial, tal como dispone en su artículo 1º, reforzando la separación de funciones o roles de los actores al disponer en su artículo 3º que la investigación penal corresponde en forma exclusiva al Ministerio Público, lo que reitera en su artículo 77 y en el 180 y siguientes, sin entregar facultad alguna en este sentido al tribunal, estableciendo además que todo lo referido a la etapa de investigación, desde la formalización de la investigación hasta la audiencia de preparación de juicio oral sea conocido y resuelto por el denominado Juez de Garantía, como tribunal unipersonal y la etapa de juicio oral, se encuentre a cargo del denominado Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, tribunal colegiado de tres miembros que conocerá del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público y que no tendrá conocimiento de lo obrado ante el

Juez de Garantía en la etapa de investigación, respetando de esta forma el denominado principio del “juez no prevenido[21].”

Podemos afirmar que la imparcialidad, tanto la orgánica como la subjetiva y la separación de funciones y roles, es un contenido esencial del sistema acusatorio y por ende, del debido proceso en materia procesal penal, siendo un eje central donde se manifiesta la efectiva vigencia de este principio lo referido a la prueba. En efecto, como se señaló, tanto su aportación como su rendición corresponden exclusivamente a las partes, (o intervinientes, en la nomenclatura utilizada por el Código Procesal Penal), correspondiendo al o los jueces resolver sólo en base a la prueba aportada por estos entes externos a la función jurisdiccional; vale decir, sólo en base a las probanzas rendidas tanto por el acusador y la defensa[22]-[23]. Dentro de su rendición, destaca la consagración del mecanismo del control horizontal de los intervinientes, ya que éstos son los responsables de presentar y llevar a cabo el interrogatorio de sus testigos y peritos a través de la cross examination o interrogatorio cruzado, mecanismo que consiste en la declaración del deponente y posterior examen directo del interviniente que lo presentó, asistiéndole como correlato a la contraparte el derecho a contraexaminarlo una vez que ha prestado declaración y que ha sido examinado o interrogado en forma directa[24].

El mecanismo o regla procesal del examen directo se encuentra determinado por las preguntas abiertas; vale decir, aquellas que no inducen la respuesta en su formulación, ya que se busca que los testigos o peritos declaren por sí mismos, en base a lo que conocen de los hechos (testigos) o en base a sus especiales conocimientos de una profesión, oficio, ciencia u arte determinados (peritos) y no que declare indirectamente la parte que los presentó, a través del testigo o perito, poniendo frases, ideas o pensamientos u orientando el testimonio mediante sutiles, veladas o directas sugerencias. En cambio, el mecanismo del contraexamen busca precisamente lo contrario al examen directo, las preguntas serán de naturaleza sugestiva ya que se busca ir más allá de la primitiva declaración del deponente, ello porque la parte que no presentó al testigo puede tener la legítima aspiración de obtener la incorporación de información que todavía no ha ingresado al juicio o también de controlar la calidad, pertinencia e integridad de la información que ya ha sido incorporada. Esta es una manifestación del control horizontal entre los intervinientes, entendido como un control cruzado de la información que ingresa al juicio, a través de la intervención de la contraparte, mediante la formulación de objeciones y fundamentalmente, a través de la facultad de ejecutar el contraexamen de la persona interrogada directamente, como control de calidad de la información que ingresa al debate, lo que justifica que un litigante pueda seleccionar las porciones de información que quiere develar en un interrogatorio, aún cuando ellas no constituyan toda el área de conocimiento de los hechos que conoce el testigo. El legislador no entregó este control al tribunal, pues sólo la contraparte sabe si aquello omitido o no tratado con la profundidad suficiente por el testigo le es de interés y útil a su teoría del caso, por lo que abordará o profundizará esos temas en su contra examen. Manifestación concreta de este instituto es el mecanismo de las objeciones, a través del denominado incidente de objeción de pregunta, contemplado indirectamente en el artículo 330 del Código Procesal Penal, el que dispone, en lo referido a los métodos de interrogación, que la parte que hubiere presentado a un testigo o perito, dentro de su interrogatorio, no podrá formular sus preguntas de tal manera que sugieran la respuesta y en su inciso tercero, señala que en ningún caso se admitirán preguntas engañosas, como tampoco aquellas que coaccionen ilegítimamente al testigo o perito ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos. Se debe destacar que esta

disposición prohíbe la realización de preguntas sugestivas en el marco del examen directo, estableciendo además en este inciso las denominadas preguntas prohibidas, que son aquellas que no se pueden formular sin importar la parte que haya presentado al testigo o perito. La forma de impedir la realización de este tipo de preguntas es a través del referido incidente, definido como “la oposición fundada de uno de los litigantes a la formulación de una interrogación y persigue que el testigo o perito no conteste[25].”

Por lo tanto, al existir estas reglas, derivadas del principio, tanto en la aportación de la prueba como en la orientación y forma de conducir y llevar a cabo el debate dentro del juicio, debemos analizar cuál es el rol de las preguntas aclaratorias formuladas por los miembros del tribunal una vez que el testigo o perito ya ha sido examinado y contraexaminado por los intervinientes dentro de la audiencia.

IV. Las preguntas aclaratorias del inc. 4° del art. 329 del Código Procesal Penal Chileno [\[arriba\]](#)

Como señalamos, la labor de aportación e incorporación de la información con la que cuentan los testigos y peritos corresponde a los intervinientes, debiendo desarrollar dicha labor de acuerdo a las reglas procesales establecidas al efecto por el legislador[26], correspondiendo al tribunal un rol pasivo, erigiéndose tanto en observador como en director del debate que se desarrolla en el seno de la audiencia[27], siendo ésta concepción respetuosa de los postulados del sistema acusatorio recogido en nuestro Código Procesal Penal.

Por lo anterior, la posibilidad que los miembros del tribunal puedan utilizar el mecanismo de las preguntas aclaratorias dentro de la audiencia de juicio debe ser concebido restrictivamente y con el mayor cuidado y prudencia posible, ya que la utilización de este instituto fuera del marco permitido dentro del sistema podría vulnerar el control horizontal de los intervinientes y la imparcialidad subjetiva del juzgador como principio esencial del sistema acusatorio. En efecto, con la formulación de preguntas apartadas del marco legal el tribunal asumiría funciones que naturalmente no le corresponden, interfiriendo de ésta forma con la rendición de la prueba a cargo de los intervinientes, infringiendo por tanto el principio procesal en comento, abandonando su rol de observador y director del debate a cargo de la decisión del conflicto para transformarse en un nuevo interviniente; vale decir, en una nueva parte dentro del juicio y lo que resulta especialmente riesgoso, recordando que en la formulación de las preguntas no estaría sujeto a control alguno, ya que no se aplicarían a su respecto las reglas de debate referidas a la incorporación de la información con la que cuentan los testigos y peritos contempladas para la cross examination y por si lo anterior no bastare, sin que pudieran contar los intervinientes con la herramienta de control horizontal determinada por las objeciones, vulnerando como se señaló la imparcialidad subjetiva del juzgador, “predicable del órgano jurisdiccional, pues sólo él debe actuar con un <> al tener que dictar sentencia en un proceso inter partes[28].”

En este punto, debemos tener presente que ningún sistema procesal (o sistema jurídico en general) es puro, en el sentido de llevar los principios al extremo de transformarlos, al plasmarlos en normas jurídicas, en dogmas rígidos e inamovibles, en verdaderos “artículos de fe”; “...ni existe un sistema en estado puro ni su consecución debería suponer un ideal, ni en definitiva, hoy por hoy resulta útil[29]”, sino que por el contrario, siempre encontraremos elementos (normas, en este caso), que tienden a equilibrar para su aplicación al caso concreto la necesaria vigencia y contenido del principio procesal invocado con la

realidad de su aplicación práctica, estableciendo mecanismos, plasmados en normas jurídicas, destinados a lograr una más acertada resolución del conflicto[30].

Por lo anterior, el desafío se encuentra en estructurar una interpretación armónica de la facultad contemplada en el inciso cuarto del artículo 329 del Código Procesal Penal chileno en relación a los principios procesales en juego. En efecto, en esta materia la regla contemplada en el inciso tercero de la norma en comento dispone que la declaración de los testigos se sujeta al interrogatorio de las partes, la que se morigera en su aplicación práctica en virtud de lo dispuesto en su inciso cuarto, el cual permite a los miembros del tribunal la formulación de las preguntas de naturaleza aclaratoria.

La forma de armonizar los principios procesales con este inciso pasa por entender y asimilar que la facultad del inciso cuarto del artículo 329 del Código Procesal Penal no otorga la posibilidad a los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de incorporar prueba oficiosa o más precisamente, información oficiosa al juicio, sino que lo que quiere asentar es que en base a la prueba testimonial y pericial que ya se ha rendido por iniciativa de los intervinientes, se puedan aclarar aquellos puntos oscuros o dudosos de las declaraciones de dichos testigos y peritos[31].

V. Concepto y rol de las preguntas aclaratorias del art. 329 del Código Procesal Penal bajo la óptica del sistema acusatorio. Hacia una interpretación coherente [\[arriba\]](#)

Esta facultad no es una creación legislativa de nuestro país, sino que por el contrario, vemos ejemplos de su consagración normativa en distintos ordenamientos jurídicos[32].

Estas legislaciones, al igual que la nuestra, presentan un denominador común: contemplan la posibilidad de la formulación de estas preguntas, pero no otorgan una definición acerca de que debe entenderse por pregunta aclaratoria, ni sobre su alcance o contenido.

Al respecto, en nuestro país, en la génesis del Código Procesal Penal, en su discusión parlamentaria, la Comisión Mixta señaló que las preguntas que puede realizar el tribunal no pueden referirse a hechos no comprendidos en la declaración de los testigos o peritos, sino que tienen por objeto solamente aclarar pasajes oscuros o contradictorios de su declaración[33]. El problema que advertimos es que no se otorga una definición de pregunta aclaratoria, sino que indirectamente se señala que es aquella pregunta que tiene por objeto aclarar pasajes oscuros o contradictorios. En este mismo sentido, se señalaba ya en los albores de la reforma procesal penal que "...idealmente los jueces deben mantenerse imparciales tanto en la generación de la información como en el arbitraje del debate. Desde este punto de vista, no podrían interrogar al testigo para producir prueba que las partes no hayan introducido, sino sólo pedirle que aclare sus dichos cuando el testimonio exacto del testigo o perito -ya declarado por él- no resultó claro o no fue aprehendido por alguno de los jueces[34]...". Como advertimos, este autor tampoco ofrece una definición, sino que intenta delimitar parte de su contenido a través de la acepción o mecanismo negativo; vale decir, señalando prohibiciones respecto a su ejercicio.

Si recurrimos al concepto de “pregunta” contemplado en el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la define como aquella “petición o demanda de información” y “aclaratoria” como “disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo” y respecto al vocablo “disipar”, lo define como “que explica algo.”

Por lo tanto, preliminarmente podríamos definir las preguntas aclaratorias como aquel requerimiento de información realizado al testigo o perito, una vez que ha prestado declaración, por parte de alguno de los miembros del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal destinado a explicar sus asertos vertidos en juicio.

La ventaja que presenta esta definición es que es descriptiva de la actividad realizada con la pregunta aclaratoria, ya que nos permite comprender que es una fuente de información, pero el problema que advertimos es la naturaleza meramente descriptiva de la cuestión objeto de análisis y no valorativa, en cuanto a permitirnos comprender cuando la pregunta aclaratoria se encontrará axiológicamente permitida; es decir, cuándo su formulación se encontrará acorde a los postulados del sistema acusatorio en particular y del debido proceso en general.

Consideramos que una definición acorde al debido proceso pasa por entenderlas como aquella petición de información de contenido neutro o aséptico; vale decir, que no puede introducir hechos nuevos, realizada al testigo o perito una vez que ha prestado declaración, por parte de alguno de los miembros del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y destinada sólo a explicar sus asertos vertidos en juicio[35].

Por lo tanto, las preguntas aclaratorias serían aquellas formuladas para clarificar algunos dichos oscuros emitidos por el testigo o perito. Serían aclaratorias, por ejemplo, las siguientes: ¿El apellido de la persona que estaba con usted era Fernández o Hernández?; ¿El nombre de la persona que estaba con usted era Fernando o Hernando?; ¿La suma de dinero que usted refirió le fue entregada eran seiscientos mil o setecientos mil pesos?; ¿Por favor, puede repetir lo que dijo, no lo oí claramente?; ¿A qué se refiere con eso?; ¿Puede expresarlo de otra manera?; etc.; otro tipo de preguntas que no reúnan estas características, no serían aclaratorias en los términos recién expuestos, ya que denotarían un sesgo, determinado por la interrogación, averiguación o indagación, lo que no es una función del sentenciador, sino que corresponde a los intervinientes. Por lo tanto, si los jueces del tribunal emplean este segundo grupo de preguntas, a nuestro entender rompería con la necesaria igualdad de partes y la imparcialidad e imparcialidad del juzgador[36].

El rol de las preguntas aclaratorias del inciso cuarto del artículo 329 del Código Procesal Penal, para que resulten válidas en su práctica judicial por parte de los sentenciadores, debe ser formulado bajo una óptica restrictiva, en el sentido que en su ejercicio práctico no se pretenda incorporar nueva información al juicio. Encauzándolas de esta manera, se respeta el debido proceso y los pilares fundamentales en los cuales descansa el sistema acusatorio acogido en nuestro Código Procesal Penal.

VI. Motivos por los cuales se utilizan las preguntas aclaratorias por los miembros del tribunal excediendo el marco de sus atribuciones [\[arriba\]](#)

Consideramos que los motivos por los cuales se formulan por parte de los miembros del tribunal preguntas que exceden de la mera aclaración se encuentran determinados, entre otros, por los factores que pasaremos a exponer.

Por una parte, recién hace catorce años entró en vigencia el Código Procesal Penal en nuestro país. El plazo de su vigencia ha sido breve, por lo que no han cambiado completamente las antiguas estructuras mentales del sistema inquisitivo presentes en la sociedad en general y en los litigantes en particular, de las cuales por cierto, los jueces no son ajenos[37]. Efectivamente, después de adoptar a nivel legislativo la herencia inquisitorial Española, que se mantuvo desde el nacimiento de nuestro país hasta la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, transcurrieron alrededor de quinientos años, por lo que en el breve tiempo de vigencia del nuevo Código, recién avizoramos las primeras manifestaciones del cambio intelectual y cultural destinado a abrazar los postulados del sistema acusatorio[38]. Por estas razones, todavía apreciamos en la práctica que el rol desempeñado por algunos jueces sigue siendo muy activo, bastante más que lo permitido dentro del seno del nuevo sistema[39].

Aspecto central de este fenómeno es la vieja pugna existente respecto a qué es lo que se busca en el proceso, si la verdad formal o la verdad real[40]; vale decir, si lo que se busca en el proceso es la representación más fiel posible de lo que ocurrió efectivamente en los hechos (verdad real), corresponderá intentar reconstruir durante el desarrollo del juicio lo que efectivamente ocurrió, por todos los medios posibles, destacando dentro de este esquema del “fin que justifica los medios” que no exista, por ejemplo, el concepto y desarrollo de la prueba ilícita y que la confesión sea la probatio probatissima; vale decir, la madre de todas las pruebas y donde el rol del juez es activo tanto en la aportación como en la ponderación de la prueba[41]-[42]. En cambio, los que adscriben a la tesis de la verdad formal señalarán que la verdad de los hechos es lo que se puede acreditar en el proceso, de acuerdo a las probanzas que las partes acompañaron durante su curso y que puede corresponder o no a lo que ocurrió efectivamente en la realidad, correspondiendo al juez o jueces un rol pasivo, de dirección del debate y establecimiento de hechos, pero sólo en base a la prueba ofrecida y rendida por los intervinientes, ya que “...la existencia de un tercero imparcial que no se convierta en investigador de los hechos objetivamente existentes, sino en simple verificador de los hechos afirmados por cada parte, con los elementos probatorios que propongan las partes y respetando las reglas del procedimiento que se convierten en garantías para las partes[43]”, constituye un núcleo elemental del principio de contradictoriedad. No obstante, no deja de tener razón la postura que señala que “el núcleo del problema no es, pues, preguntarse acerca de si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos”, sino más bien, “establecer qué puede entenderse por verdad de los hechos en el ámbito del proceso y cuándo, en qué condiciones y mediante qué medios aquélla puede alcanzarse. Se trata, entonces, de un problema eminentemente epistemológico[44]”.

Independientemente de la postura a la cual se adscriba, al acoger los postulados del sistema acusatorio resulta claro que no podrá existir una confusión de los roles a desempeñar dentro del proceso. No obstante, para el evento que los sentenciadores adscriban a la tesis de la búsqueda de la verdad real, (como herencia del sistema inquisitivo), existirá un mayor riesgo de que en la práctica utilicen preguntas que excedan de la mera aclaración y por ende, se alejen de su

rol de sentenciadores, vulnerando de esta manera su obligación y deber de imparcialidad, so pretexto de la búsqueda de la verdad del caso concreto[45]-[46].

VII. Utilización por los tribunales de las preguntas aclaratorias excediendo el marco legal. Algunos ejemplos prácticos [\[arriba\]](#)

Una vez definido que debemos entender por pregunta aclaratoria y habiendo señalado las causas por las cuales los miembros del tribunal exceden con su aplicación práctica el marco permitido por el sistema, ilustraremos con algunos ejemplos, tomados de la jurisprudencia, de algunas situaciones en las cuales, en la audiencia de juicio oral, se formularon preguntas fuera de la hipótesis contemplada en la ley.

En autos Rol 4164-2009, la Excma. Corte Suprema de Justicia conoce recurso de nulidad incoado contra la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, la que condena al acusado como autor del delito consumado de violación de su hija menor de 14 años de edad. Los fundamentos del recurso guardaban relación con lo dispuesto en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal y ello, por haber excedido los jueces el marco legal establecido en el artículo 329 del Código Procesal Penal en la utilización de las preguntas aclaratorias[47]. Al respecto, la Excma. Corte censuró la interrogación efectuada a la víctima del ilícito por uno de los miembros del tribunal debido a que se formularon una serie de preguntas sugestivas y de manera reiterada, como por ejemplo: “a)...y dijiste que cosa respecto de él (el papá)...que te había hecho qué?, a lo que la menor responde que la había violado; y b) ...o sea, tu dijiste que tú papá te había forzado a tener relaciones sexuales con él?., a lo que la víctima responde que si.”). Idéntico reparo se dirige contra la misma actividad realizada en relación a la perito sicóloga..., y resalta tres preguntas, que fueron: 1.-“¿Cuándo se entrevistó con Ud., esta niñita ya se había retractado de su denuncia, luego me imagino yo que la entrevista siguió en ese pié, de decir...de exculpar a quien había culpado en un primer momento, si o no?, a lo que la perito contesta que si”. 2.-“...y si bien le entendí, la retractación es parte de un proceso de quienes sufren estas experiencias de violentación sexual? A lo que la perito respondió afirmativamente.”; y 3.-“...entonces el resultado de los test, más los antecedentes, tanto de la carpeta de investigación como la del centro en que Ud. Trabaja, la llevan a concluir que es muy probable que los hechos denunciados sean ciertos? Esa es su conclusión? La perito contesta que esa es su conclusión[48]”.

En autos Rol 6165-2009, la Excma. Corte Suprema de Justicia conoce recurso de nulidad incoado contra la sentencia pronunciada por el tribunal de Iquique, en la cual se condenó a dos imputados adolescentes como autores del delito de robo con intimidación. El fallo fue impugnado por la defensa a través del recurso de nulidad, invocando en forma conjunta las causales del artículo 373 letra a) y 374 letra e) del Código Procesal, con el objeto de obtener la nulidad del juicio y de la sentencia. El recurso fue acogido y en lo que ocupa al presente trabajo, la Excma. Corte señaló que era demostrativo de los excesos cometidos por el juez, las siguientes preguntas e intervenciones: a) El Fiscal pregunta: Que diga cuáles son los rasgos que recuerda de esas personas. El Tribunal: “Cuáles son, a ver tómesese el tiempo, aquí la respuesta tiene que ser de su parte de acuerdo a lo que Ud. sabe, por lo tanto, haga memoria hay... genéricamente parta por la estatura, por el color, por la dimensión, por la obesidad,...alguna a los colores de ojos, tez de la piel, básicamente eso podría...”; b) Víctima: “A ver los dos eran delgados eran un poco más grandes que yo, pero como de mi edad, si no me equivoco uno tenía el pelo largo y el otro tenía el pelo rubio de ojos claros el otro sí que tenía el pelo

largo...”, el Tribunal: “largo era rubio.”; c) Fiscal: “Para que el testigo describa en primer lugar a la persona que él señaló que estaba con polera blanca, qué otras características tenía, donde se encuentra situado y qué fue lo que hizo”, Tribunal: “A ver, la persona que se encuentra con chaqueta oscura azul y polera blanca según Ud. describió como más a la izquierda, cuál fue la conducta que esta habría desplegado[49]”.

En autos Rol 1407-2010, la Excma. Corte Suprema de Justicia conoce recurso de nulidad incoado contra la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, que condenó a un acusado por el delito de robo con intimidación. La sentencia impugnada fue confirmada por voto de mayoría. El voto disidente estuvo por anular el juicio y la sentencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por estimar que los jueces excedieron el marco de aplicación de las preguntas aclaratorias del artículo 329 del referido cuerpo legal. Se estimó por el disidente que se formularon preguntas en exceso, vulnerando de esta forma la obligación del tribunal de permanecer imparcial, obteniendo del testigo más información de la que había entregado en su declaración original, señalando que las preguntas aclaratorias terminaron por constituir un nuevo interrogatorio y de esta forma, no sólo se aclararon dichos, sino que se facilitó la incorporación de nuevos datos al juicio, lo que constituye producción de prueba por parte del tribunal[50].

En autos Rol 8644-2014, la Excma. Corte Suprema de Justicia acoge recurso de nulidad incoado contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de Garantía de Chillán, que condena a un imputado como autor de la falta de lesiones leves. La defensa dedujo recurso de nulidad invocando la causal del artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal. Los argumentos esgrimidos en el recurso para acreditar la causal invocada señalaban que el vicio se produjo durante la audiencia de juicio oral simplificado, en la que la jueza a cargo de su dirección asumió un rol de productor de prueba, subsidiando a la parte acusadora, donde interroga autónomamente y cuestiona tanto al imputado como a dos testigos[51].

Como común denominador, estos fallos han señalado que la garantía constitucional del debido proceso condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional, en el sentido que el pronunciamiento al cual se arribe por parte de los sentenciadores debe ser el producto de un proceso previo que respete las reglas que conforman un justo y racional procedimiento e investigación. En este sentido, señalan que el principio contradictorio que rige en el nuevo sistema penal constituye un elemento del derecho a defensa y asimismo, del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria, lo que constituye un límite a la facultad de los miembros del tribunal de formular preguntas aclaratorias, al igual que la igualdad de partes, entendida en el sentido que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo; vale decir, asientan la interdicción al subsidio procesal por parte del sentenciador, incompatible con el modelo acusatorio acogido en el Código Procesal Penal.

VIII. Mecanismos procesales destinados a morigerar el uso de las preguntas aclaratorias fuera del marco permitido por la ley [\[arriba\]](#)

En este punto, debemos determinar cuáles son los mecanismos con los que cuenta el interviniente, en el caso concreto, para intentar morigerar o impedir la

utilización de las preguntas aclaratorias por parte del Tribunal cuando exceden el marco permitido por el legislador.

Intraprocesalmente, la respuesta está determinada por el denominado incidente de objeción[52]. En el evento que uno de los miembros del tribunal exceda en la formulación de una pregunta determinada el marco de la mera aclaración, el litigante cuenta con el mecanismo procesal de la objeción a la pregunta para de esta forma intentar limitarla. Este incidente consiste en la oposición fundada a la formulación de una interrogación, en este caso por uno de los miembros del tribunal, a un testigo o perito, destinada a evitar que conteste[53]. Por cierto, implica que el litigante se encuentre atento al momento en que el tribunal realice la pregunta, ya que si demora en plantear la objeción y el testigo o perito contesta la pregunta habrá precluido su derecho a oponerse. La regla general es que el incidente comience con la manifestación de la objeción, la que debe ser fundada y seguidamente, los miembros del tribunal resolverán.

Para el evento que la objeción sea desechada, estimamos que procede la reposición, no obstante la regla genérica de improcedencia de recursos respecto de las resoluciones de los incidentes en el juicio oral contenida en el artículo 290 del Código Procesal Penal, ya que por especialidad, debe primar la norma del artículo 363 del mismo cuerpo legal, que permite la reposición cuando la resolución no ha precedido de debate.

No obstante, debemos realizar una prevención en el sentido que el marco general de aplicación de las objeciones dentro del juicio oral se encuentra determinado, en cuanto a su construcción legal, por su aplicación entre los intervinientes, específicamente a la labor de la contraparte, ello dentro de la cross examination, cuando la parte contraria formule una pregunta prohibida de aquellas contenidas en el artículo 330 del Código Procesal Penal. Por ende, el mecanismo de utilizarlas para limitar una pregunta formulada por el tribunal puede ser desestimado por sus miembros por considerarla improcedente en su planteamiento respecto de las preguntas del tribunal, bajo el argumento que no es una pregunta de una de las partes, lo que implicaría que no nos encontraríamos en la hipótesis señalada por la ley para su aplicación. La fundamentación de la objeción pasaría por manifestar que el término “objeción” ha sido utilizado para llamar la atención del tribunal (y con ello evitar que se continúe con el curso de la pregunta y la obtención de la respuesta) y que en realidad, una vez suspendido transitoriamente el curso de la declaración, lo que se quiere de fondo es incidentar, planteando como argumento que el tribunal ha excedido en la formulación de la pregunta sus facultades legales, ya que ésta no es aclaratoria, sino que pretende, derechamente, introducir nueva información al juicio, lo que excedería el marco permitido por el inciso cuarto del artículo 329 del Código Procesal Penal, al asumir fácticamente el tribunal funciones de parte con su formulación, destinada a incorporar nueva información al juicio, lo que no estaría permitido en virtud del principio de aportación de parte, que rige al juicio oral, como emanación del principio contradictorio. Para el evento que el tribunal acoja la objeción, la pregunta no habría obtenido respuesta, con lo que se obtendría el fin perseguido al plantear la objeción, pero para el evento que el tribunal no la acoja, se debe reponer, ya que el incidente planteado, en su resolución, no ha precedido de debate, ya que sólo se objetó por el interviniente, argumentando al respecto, desechando el tribunal la objeción previa deliberación entre sus miembros, pero sin abrir debate al respecto, por lo que procedería la reposición en los términos descritos por el artículo 363 del Código Procesal Penal.

De no prosperar la reposición, queda suficientemente preparada la vía extraprocesal, determinada por la interposición del recurso de nulidad, ello por la exigencia de preparación del recurso contenida en el artículo 377 del Código Procesal Penal.

La vía del recurso de nulidad se encuentra establecida para aquellos casos en que la información obtenida con la formulación de preguntas que exceden del marco de la aclaración ha servido para lograr convicción condenatoria por parte de los miembros del tribunal, circunstancia que quedará plasmada en la sentencia definitiva, en su fundamentación. De esta manera, resulta procedente el recurso de nulidad ante la Excm. Corte Suprema de Justicia, fundado en lo dispuesto en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal[54].

De lo analizado, cabe concluir que la fundamentación del recurso deberá plantearse bajo el prisma de la vulneración al debido proceso por la infracción a la imparcialidad del tribunal, ya que con la formulación de las preguntas aclaratorias fuera del marco permitido por el inciso cuarto del artículo 329 del Código Procesal Penal, el tribunal dejó de ser un tribunal al asumir funciones de parte, lo que atentaría con los presupuestos básicos del sistema acusatorio recogidos en el Código Procesal Penal y los Tratados Internacionales ratificados por Chile[55]-[56].

Como consideración práctica y para que el recurso prospere desde el punto de vista de su admisibilidad, se debe indicar detallada y pormenorizadamente las pistas de audio referidas tanto a la primitiva información introducida al juicio en la declaración del testigo o perito y posteriormente, la información incorporada en el interrogatorio cruzado de los intervinientes; vale decir, la información introducida en la cross examination y a continuación, la nueva información introducida con la utilización de las preguntas aclaratorias por parte del tribunal. Sólo de esta manera los Ministros de la sala respectiva de la Excm. Corte podrán ponderar debidamente y realizar la comparación necesaria entre la primitiva información introducida al juicio y la nueva información introducida por las preguntas de los miembros del tribunal.

IX. Conclusiones [\[arriba\]](#)

1) El modelo procesal al cual adscribió nuestro legislador es el sistema acusatorio, destacando la marcada separación de roles entre sus distintos actores y en lo referido a la prueba, correspondiendo su iniciativa en forma exclusiva a las partes, sin otorgar facultades probatorias al tribunal, reforzando de ésta manera la imparcialidad subjetiva del juzgador dentro del núcleo del sistema.

2) No obstante lo señalado, el inciso cuarto del artículo 329 del Código Procesal Penal permite a los jueces la utilización de las denominadas “preguntas aclaratorias”, una vez que el testigo o perito han prestado declaración y han sido examinados y contraexaminados por los intervinientes.

3) Nuestro legislador no contempla una definición de pregunta aclaratoria, por lo que proponemos entenderlas como “Aquella petición de información de contenido neutro o aséptico; vale decir, que no puede introducir hechos nuevos, realizada al testigo o perito una vez que ha prestado declaración, por parte de alguno de los miembros del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y destinada sólo a explicar sus asertos vertidos en juicio.”

4) Al entenderlas de acuerdo a la definición, se disipan las dudas acerca de cuál debe ser el alcance y contenido de las preguntas aclaratorias y de esta forma, se armoniza su aplicación práctica con la efectiva vigencia de los principios procesales en juego, determinados por la imparcialidad e imparcialidad del juzgador, sin subvencionar a ninguna de las partes, y luego decidir con el material probatorio recibido.

5) Por lo anterior, la forma de conjugar armónicamente los principios procesales ya referidos con la facultad del inciso cuarto del artículo 329 del Código Procesal Penal, pasa por entender que esta disposición no otorga la posibilidad a los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de incorporar información oficiosa al juicio, sino que por el contrario, implica que en base a la prueba testimonial y pericial que ya se ha rendido por iniciativa de los intervinientes, se puedan aclarar aquellos puntos oscuros o dudosos de sus declaraciones.

6) Sólo entendiendo la facultad de esta manera se respeta la imparcialidad subjetiva del juzgador como un contenido esencial del debido proceso acogido por nuestro legislador procesal penal. El riesgo de no mantener un rol pasivo de los jueces en el ingreso de la prueba, dice relación con el vaciamiento del contenido del deber de imparcialidad, además de la afectación de principios fundamentales como la igualdad de armas y el contradictorio.

Bibliografía Citada:

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, El Debido Proceso de la Garantía Constitucional, Editorial Zeus S.R.L., Rosario, 2003.
- ARMENTA DEU, Teresa, Sistemas Procesales Penales, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BAYTELMAN A.; Andrés y Otros, Nuevo Proceso Penal, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, El Código Procesal Penal, Editorial Librotecnia, Santiago, 2008.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, “Desde el inquisitivo al acusatorio formal, evoluciones e involuciones a más de 10 años de la gran Reforma Procesal Penal”, Revista Jurídica del Ministerio Público, N°57, 2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, Derecho Procesal, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999.
- DOHRING, Erich, La Investigación del Estado de los Hechos en el Proceso, la Prueba, su práctica y apreciación, Traducc. Tomás A. Banzhaf, Editorial Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid 1995.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, Prueba y Verdad en el Derecho, 2ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

- FERRUA, Paolo, Coord. GIANFORMAGGIO, Letizia, “Contradictorio y Verdad en el Proceso Penal”, Las Razones del Garantismo, Bogotá, Editorial Temis, 2008.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “Cultura Judicial y Enseñanza del Derecho en Chile: Una Aproximación”, Colección Informes de Investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Diego Portales año 5, N°14, 2003.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo II.
- JAMES, Philip, Introducción al Derecho Inglés, Trad. Jesús Torres García, Editorial Temis, Bogotá, 1996.
- L. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. Derecho Procesal Penal, 4ª ed., Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1989.
- MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Ediciones del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2002, Tomo I.
- MATURANA MIQUEL, Cristian y MONTERO LÓPEZ, Raúl, Derecho Procesal Penal, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2002, Tomo II.
- MICHELLI, Gian Antonio, Carga de la Prueba, Trad. Santiago Sentís Melendo, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- MONTERO AROCA, Juan, Proceso Civil e Ideología, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MORALES GODO, Juan, “Naturaleza Constitucional del Derecho a la Prueba”, Las Garantías del Justo Proceso, Editorial Palestra, Lima, 2013.
- MORELLO, Augusto Mario, Constitución y Proceso, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.
- PALOMO VÉLEZ, Diego, “Sobre las dificultades que genera la comprensión de las posibilidades y extensión del interrogatorio judicial en el marco de un proceso penal acusatorio-adversarial”, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Vol. 17, N° 2, 2010.
- PICÓ I JUNOY, Joan, Problemas Actuales de la Justicia Penal, Editor José María Bosch, Barcelona, 2001.
- PICÓ I JUNOY, Joan, Coord. Santiago Pereira Campos, Santiago, “La Iniciativa Probatoria del Juez Penal y el Principio Acusatorio”, A.R.S., Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros, Editorial Lexis Nexis, 2007.
- RANGEL DINAMARCO, Cándido, La Instrumentalidad del Proceso, Trad. Juan Monroy Palacios, Editorial Communitas, Lima, 2009.
- RIVERA MORALES, Rodrigo, La Prueba: Un análisis racional y práctico, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

- ROJAS CHAMACA, Julio, “El Rol del Juez en la Prueba: Efectos que genera en el juicio oral la formulación de preguntas aclaratorias a testigos y peritos conforme al artículo 329 inciso 4 del Código Procesal Penal”, 2010. Disponible en: http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JROJAS_efectosquegeneraeneljuicioorallaformulacion.pdf
- ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- TARUFFO, Michele, La Prueba de los Hechos, Editorial Trotta, Milán, 2002.
- TARUFFO, Michele, Simplemente la verdad: El Juez y la construcción de los hechos, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.
- TARUFFO, Michele, La Prueba, Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TARUFFO, Michele, La prueba, artículos y conferencias, Editorial Metropolitana, Santiago, 2008.
- “Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado; Discusión Particular, arts. 364 y 365”, Reforma Procesal Penal; Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- VALLESPÍN PÉREZ, David, El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil, Editorial Atelier, Barcelona, 2002.

Normas Jurídicas Citadas:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, (San José, 7 a 22 de noviembre de 1969).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Nueva York, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966).
- Constitución Política de la República de Chile, (Santiago, publicada en el Diario Oficial el 24 de octubre de 1980).
- Código Procesal Penal Italiano, (Roma, 22 de septiembre de 1988).
- Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, (Madrid, 14 de septiembre de 1882).
- Código Procesal Penal de la Nación Argentina, (Buenos Aires, 4 de septiembre de 1991).
- Código Procesal penal Colombiano, (Bogotá, 31 de agosto de 2004).
- Código Procesal Penal Peruano, (Lima, 29 de julio de 2004).

Jurisprudencia Citada:

- Tribunal Constitucional, Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, Control de Constitucionalidad Proyecto de Ley, 05 de abril de 1988 en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=53-88>

- Corte Suprema, Ministerio Público contra José Felizmer Rivas González, recurso de nulidad contra sentencia de juicio oral en procedimiento Ordinario, 01 de septiembre de 2009 en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=616492&CRR_IdDocumento=365079.

- Corte Suprema, Ministerio Público contra G.N.R.J y G.E.P.Q., recurso de nulidad contra sentencia de juicio oral en procedimiento simplificado, 04 de noviembre de 2009 en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=936371&CRR_IdDocumento=576918.

- Corte Suprema, Ministerio Público contra Manuel Jesús Bustamante Tapia, recurso de nulidad contra sentencia de juicio oral en Procedimiento Ordinario, 26 de mayo de 2010, en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=683459&CRR_IdDocumento=410642

- Corte Suprema, Ministerio Público contra Carlos Héctor Inzunza Figueroa, recurso de nulidad contra sentencia de juicio oral en Procedimiento Ordinario, 19 de junio de 2014 en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1429351&CRR_IdDocumento=993574

** El primero es abogado, decano y profesor de Derecho procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca-Chile, además de doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. El segundo es abogado, defensor penal público y magíster en Derecho, mención Derecho procesal, por la Universidad de Talca-Chile. Correo electrónico de correspondencia: dpalomo@utalca.cl*

[1] Que prescribe “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

[2] Dentro de las prescripciones de dichos Instrumentos Internacionales, cobra especial relevancia lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que establecen una serie de derechos basales a favor de los justiciables, destacando dentro de ellos, como pilares del debido proceso, la independencia del juzgador; la imparcialidad; la contradictoriedad y la igualdad de armas.

[3] “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

[4] “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

[5] Tan relevante resulta la imparcialidad subjetiva del juzgador, que “La palabra <> no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de <>”. De otro modo, tal adjetivo integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto <>, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo (permanente o accidental) requiere.”; MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Ediciones del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2002, Tomo I, p. 739.

[6] FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 564.

[7] FERRAJOLI, ibídem., p. 564.

[8] PALOMO VÉLEZ, Diego, “Sobre las dificultades que genera la comprensión de las posibilidades y extensión del interrogatorio judicial en el marco de un proceso penal acusatorio-adversarial”, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Vol. 17, Num. 2., 2010, p. 313.

[9] Respecto del contradictorio, “Su esencia radica en el derecho de las partes de intervenir, en condiciones de paridad, sobre los temas que son objeto de decisión y, correlativamente, en la exigencia de que esta sea examinada y discutida por los antagonistas. Pero además el contradictorio supera, trasciende, los intereses de las partes; es el mejor medio para descubrir, respecto a cada tema, todo aquello que pueda confirmar o confutar la hipótesis del acusador”; FERRUA Paolo, Coord. GIANFORMAGGIO, Letizia, “Contradictorio y Verdad en el Proceso Penal”, Las Razones del Garantismo, Bogotá, Editorial Temis, 2008, p. 249.

[10] Además, “El derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes” (TARUFFO, Michele, La Prueba, Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 56).

[11] Entendiendo al proceso como aquel “Medio pacífico de debate mediante el cual los antagonistas dialogan entre sí para lograr la resolución por una autoridad de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad.”; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, El Debido Proceso de la Garantía Constitucional, Editorial Zeus S.R.L., Rosario, 2003, p. 35.

[12] Entendiendo al debido proceso como “aquél que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que discuten como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente).”; ALVARADO, ibídem., pp. 296-297.

[13] “La Constitución asegura a todas las personas: 3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”; Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

[14] Históricamente, “El nacimiento de la exigencia representada por el derecho al debido proceso de ley se encuentra su ubicación en el mundo anglosajón. El precedente directo de la cláusula del due process of law de la Constitución americana se encuentra en el cap. 39 de la Carta Magna inglesa...”, postulado recogido en las Constituciones Europeas y Americanas como una “fórmula amplia que debe albergar un conjunto de garantías específicas que lo integran y cuyo

respeto es ineludible para que pueda hablarse de un auténtico proceso justo”; VALLESPÍN PÉREZ, David, El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil, Editorial Atelier, Barcelona, 2002, p. 64.

[15] Entendido como un principio derivado de la igualdad de las partes. ALVARADO, ibídem., pp. 255-256.

[16] Este principio se basa en “La <> de cada una de las partes y en la existencia de un tercero imparcial que no se convierte en investigador de los hechos objetivamente existentes, sino en simple verificador de los hechos afirmados por cada parte, con los elementos probatorios que propongan las partes y respetando las reglas del procedimiento que se convierten en garantías para las partes.”; MONTERO AROCA, Juan, Proceso Civil e Ideología, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 163.

[17] ALVARADO, ibídem., p. 256.

[18] ALVARADO, ibídem., pp. 256-257.

[19] En cuanto a la atribución de poderes probatorios al juez en relación a la imparcialidad subjetiva del juzgador, “Lo que debe cuestionarse no es propiamente la imparcialidad judicial, sino si ello es posible atendida la necesidad de que el juez siga siendo tercero, con la exigencia de incompatibilidad de funciones entre parte y juez en el proceso... la imparcialidad es siempre algo subjetivo, que debe referirse siempre a un juez y a un proceso concreto (y por ello se habla de imparcialidad psicológica), y desde esta distinción puede hablarse de <> (que es condición de tercero o terzieta) y de imparcialidad. Desde la garantía de la <> (terzieta) lo que se pone en cuestión no es la concurrencia de las causas de abstención y de recusación, sino si una actividad concreta puede ser realizada por el juez, atendida su necesaria condición de tercero.”; MONTERO, ibídem., pp. 157-158.

[20] La imparcialidad por tanto, deriva de la igualdad ante la Ley, que consiste “En que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”. Por lo tanto, “La medida de igualdad o desigualdad, se encuentra sometido al estándar de la <>”. Tribunal Constitucional chileno, Rol N°53 de 5 de abril de 1988. Vale decir, se reconoce el derecho del justiciable a ser juzgado de una manera similar a los demás, sometido a un mismo procedimiento y unas mismas reglas, establecidas con anterioridad a su juzgamiento y por sobre todo, contando con un tribunal imparcial, tanto objetiva como subjetivamente como requisito previo y esencial del juzgamiento justo, ello como garantía de la igualdad ante la Ley.

[21] “Con el propósito de que lo que decida el contenido de la sentencia definitiva sea el fruto de una limpia e igualitaria contienda procesal... se dispone... que aquél o aquéllos que dirigieron la investigación no puedan intervenir en la decisión, es decir, sean “jueces no prevenidos.”; DE LA OLIVA et. Al, Derecho Procesal, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999, p. 64.

[22] Destacándose como contenido del debido proceso “El acceso irrestricto (para todos) a la Jurisdicción, la garantía cierta de disponer de un proceso justo, con legitimación para postular, ser oído, proponer prueba, desarrollar un trámite en igualdad de armas, con observancia del principio de audiencia, a no ser sorprendido, a alegar, a que la sentencia se encuentre adecuadamente motivada (con sujeción al principio de congruencia), que se la pueda impugnar y que llegue a la situación de firmeza, esto es a que los resultados plasmados en el fallo se realicen de forma útil. Pero, además, a que efectivamente, de manera real y pronta lo dispuesto en el fallo se haga efectivo; que sobrevenga la satisfacción de la condena. Y todo ello de manera continua, al menor costo posible y sin demoras indebidas: dentro de un plazo razonable...”; MORELLO Augusto Mario, Constitución y Proceso, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 44.

[23] Los sistemas del Common Law acogen, desde antaño, este principio: “Quien alegue debe probar: ... La acusación en una causa penal debe poner ante el tribunal los hechos que substancien sus pretensiones. Y esos hechos deben ser tales... que una causa -penal- el tribunal o jurado los considere probados más allá de toda duda razonable... la carga recae en la acusación durante todo el proceso para vencer la presunción de que todo acusado es inocente hasta que la acusación haya demostrado su culpabilidad.”; JAMES Philip, Introducción al Derecho Inglés, Trad. Jesús Torres García, Editorial Temis, Bogotá, pp. 60-61.

[24] El fundamento de la cross examination lo encontramos en los sistemas del common law, constituyendo la columna vertebral de la estructura del sistema adversarial. La Barra de Abogados Norteamericana señala “Cuando el abogado de la demandante o el Gobierno a terminado de interrogar a un testigo, el abogado de la contraria puede entonces interrogarlo. El contraexamen se limita generalmente a las preguntas formuladas durante el examen directo, ya que su propósito es poner a prueba la credibilidad de las declaraciones realizadas durante el examen directo. Otra razón para permitir preguntas principales es que el testigo está siendo interrogado por el abogado que originalmente no lo presentó a declarar, por lo que es probable que el testigo se resistirá a cualquier pregunta sugestiva en el sentido de que no es cierto o efectivo lo que contestó con anterioridad... En el contrainterrogatorio, el abogado tratará de cuestionar la capacidad del testigo para identificar o recordar lo que vió, oyó o percibió y por otra parte, tratará de impugnar al testigo o las pruebas, por lo que se tratará de cuestionar o reducir la credibilidad del testigo o de la evidencia...”; “El abogado contrario podrá oponerse a ciertas preguntas formuladas en el interrogatorio si las preguntas violan las leyes del Estado en pruebas o si se refieren a asuntos no discutidos durante el examen directo.” (la traducción es nuestra). (Disponible en: http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/crossexam.html) (visitado el 09/03/2015)

[25] CERDA SAN MARTIN, Roberto, Y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, El Código Procesal Penal Editorial Librotecnia, Santiago, 2008, p. 413.

[26] En lo referido a la actitud del tribunal ante la prueba, “El proceso penal se compone de una tríada con, a lo menos, dos litigantes o adversarios y un tribunal independiente e imparcial... En esta estructura auténticamente adversarial, en la producción de la prueba e introducción de la información a juicio, a los jueces les corresponde un papel fundamentalmente pasivo, de receptores de la información. De lo anterior fluye la obligación para el tribunal de no interferir en la introducción de esa información...”; CERDA Y HERMOSILLA, ibídem., p. 411.

[27] Recordando además que “En cuanto a lo subjetivo, el juez no puede tener interés en el resultado de la práctica probatoria, ni mucho menos relación afectiva -negativa o positiva- con relación a la fuente de prueba... En cuanto a lo objetivo, el juez no puede anticipar resultado probatorio ni proferir valoración anticipada de las fuentes o los medios de prueba en cuanto su efecto probatorio.”; RIVERA MORALES, Rodrigo, La Prueba: Un análisis racional y práctico, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 246.

[28] PICÓ I JUNOY, Joan, Problemas Actuales de la Justicia Penal, Editor José María Bosch, Barcelona, 2001.p. 37.

[29] ARMENTA DEU, Teresa, Sistemas Procesales Penales, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 54.

[30] De lo que se trata es de lograr un equilibrio o balance, ya que “En el Estado moderno ya no se tolera al juez pasivo y espectador, del otro, su participación activa encuentra límites dictados por el mismo sistema de legalidad. Todo compromiso que se espera del juez en el curso del proceso y para su instrucción precisa, pues, por un lado, ser conducido con la conciencia de los objetivos y el

menor apego a las formas como tales o a la letra de la ley; pero, por otro lado, con la preocupación por la integridad del due process of law, que representa la garantía de seguridad a los litigantes.”; RANGEL DINAMARCO, Cándido, La Instrumentalidad del Proceso, Trad. Juan Monroy Palacios, Editorial Communitas, Lima, 2009, pp. 344-345.

[31] “En principio, el otorgamiento de cierta iniciativa probatoria al juez penal no supone infracción alguna a su debida imparcialidad objetiva. Sin embargo, el juez sentenciador no puede libremente buscar cualquier elemento probatorio al margen de los datos conocidos en el acto del juicio oral pues, de lo contrario, de actuar inquisitivamente, sí podrá poner en peligro su imparcialidad.”; PICÓ I JUNOY, Joan, , Coord. Santiago Pereira Campos, “La Iniciativa Probatoria del Juez Penal y el Principio Acusatorio”, en: A.R.S., Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 335-360.p. 353.

[32] Así por ejemplo, en Italia, el artículo 506 del Código Procesal Penal; en España, el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l3t3.html#a708), (visitado el 09/03/2015); en Argentina, el inciso quinto del artículo 178 del Código Procesal Penal de la Nación, (Disponible en: <http://ppn.gov.ar/sites/default/files/C%C3%B3digo%20Procesal%20Penal%20de%20la%20Naci%C3%B3n.pdf>), (visitado el 09/03/2015); en Colombia, el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, (Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>), (visitado el 09/03/2015) y en Perú, el N°4 del artículo 375 del Código Procesal Penal, (Disponible en: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/documentos/nuevo_codigo_procesal_penal.pdf), (visitado el 09/03/2015).

[33] Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado (2003), p. 664.

[34] BAYTELMAN et al., Nuevo Proceso Penal, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000, p. 265.

[35] Han existido propuestas para, de lege ferenda, modificar el inciso cuarto del artículo 329 del Código Procesal Penal, en el sentido de limitar la facultad de los miembros del tribunal. Así por ejemplo, se ha propuesto la siguiente: “Las preguntas aclaratorias deben ser neutras y no pueden tener por objeto introducir hechos nuevos; cualquier vulneración a tales reglas por el Tribunal, implicará la nulidad de la actuación, sin perjuicio de la formulación directa de objeciones por las partes, las que deben ser resueltas en forma previa por el órgano jurisdiccional.”; ROJAS, Julio (2010): “El Rol del Juez en la Prueba”. Disponible en: http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JROJAS_efectosquegeneraeneljuicioorallaformulacion.pdf (visitado el 09/03/2015).

Además de que consideramos innecesario modificar el referido inciso, ya que a nuestro entender, bastaría con interpretarlo en su correcto sentido, este autor no entrega una definición de pregunta aclaratoria.

[36] En este sentido, la Excm. Corte Suprema conociendo de un recurso de nulidad, señala en su Considerando Noveno: “... El tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa.”; y en el Considerando Décimo Cuarto: “...Cuando el tribunal decide de propia iniciativa llevar a cabo un improcedente interrogatorio, en el que no sólo excede los márgenes de lo legalmente permitido que son las preguntas aclaratorias, sino que lo que hace en realidad es suplir eventuales insuficiencias en la información lograda transmitir por el persecutor y/o de la defensa, de suerte que se entromete en el debido desarrollo del proceso, transgrede el principio de contradicción y, de paso, afecta su propia imparcialidad, y en algunos pasajes derechamente manifestando su dictamen sobre la cuestión pendiente, lo que no puede ser tolerado.”; Corte Suprema, Rol N°4164-09, de 1 de septiembre de 2009.

[37] “Nos encontrábamos, entonces, dentro del grupo de jueces que, en los momentos iniciales, fueron calificados como “contaminados”, pues se consideraba que traíamos incorporada una cultura jurídica de carácter inquisitiva difícil de borrar, pero que, no obstante ello, debían ser considerados para las nuevas dotaciones de jueces de garantía y orales, en atención a que no había personal de reemplazo suficiente para empezar efectivamente de cero.”; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, “Desde el inquisitivo al acusatorio formal, evoluciones e involuciones a más de 10 años de la gran Reforma Procesal Penal”, Revista Jurídica del Ministerio Público, N°57, 2013, pp. 9-15.p. 9.

[38] Además de lo anterior, “La forma en que se enseña Derecho en Chile posee un particular efecto en la forma en que los jueces encaran y resuelven los casos que se les presentan. En este sentido, la enseñanza tradicional del Derecho en Chile ha venido colocando especial énfasis en el estudio de la ley como cuerpo escrito, situación que trae aparejada una suerte de formalización del estudio del derecho, al tiempo que deja de lado el estudio de otros aspectos, tales como el papel que desempeñan los derechos fundamentales y los principios al interior del sistema jurídico. Además, la enseñanza tradicional influye de una segunda manera, indirecta esta vez, en la mentalidad y función judiciales, puesto que produce abogados provistos de una visión rígida acerca de lo que es el Derecho, quienes se encargarán de llevar ante los tribunales argumentaciones igualmente rígidas.”; GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “Cultura Judicial y Enseñanza del Derecho en Chile: Una Aproximación”, Colección Informes de Investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Diego Portales, año 5, N°14, 2003, pp. 291-319.p. 3

[39] Como una manifestación “moderna” de estas estructuras podemos encontrar “El movimiento que se conoce como solidarismo -solidaridad que muestra el juez que así actúa respecto de las partes procesales a las cuales les dedica su simpatía o su piedad- y que, porque se practica aun a pesar de la ley, decidiendo lo que algún juez quiere a su exclusiva voluntad, también se llama decisionismo -el deseo de resolver algo a todo trance que muestra el juez y que está basado en su propia voluntad aunque, a veces, el resultado así obtenido repugne el orden jurídico.-”; ALVARADO, ibídem., p. 220.

[40] La búsqueda de la “verdad real” encuentra su fundamento en aquella concepción publicista del proceso (derivada de la estructura inquisitiva) que estima que no existen procesos totalmente privados, sino que adscribe a la posición que en el proceso va envuelto un interés social, correspondiendo al Estado velar por el mismo, “En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la <> sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante.”; TARUFFO (2008), p. 81.

[41] En este sentido, “Determinar la verdad de los hechos en el proceso es posible y necesario para la justicia de la decisión judicial, particularmente en un sistema jurídico basado en el principio de legalidad.”; TARUFFO Michele, *Simplemente la verdad: El Juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2010, p. 104. En Latinoamérica: “(La) Necesaria intervención del juez en el tema de la prueba, porque es con la certeza que adquiera que va a decidir de manera razonable y justa. Y si para ello es necesario esclarecer alguna información relevante... deberá proceder a actuar los medios probatorios de oficio que estime pertinentes...”; MORALES GODÓ, Juan, “Naturaleza Constitucional del Derecho a la Prueba”, *Las Garantías del Justo Proceso*, Editorial Palestra, Lima, 2013, p. 216.

[42] En cuanto al significado de la verdad material para el proceso penal, el proceso “Está estructurado al efecto de lograr la verdad completa, y para ello

debemos seguir ciertas pautas, compuestas por la supresión de las vallas procesales que se oponen a su averiguamiento, por la vía de la práctica judicial, la contemplación crítica de los resultados de las probanzas y el perfeccionamiento continuo de los métodos de investigación.”; DOHRING Erich, *La Investigación del Estado de los Hechos en el Proceso, la Prueba, su práctica y apreciación*, Trad. Tomás A. Banzhaf, Editorial Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986, pp. 6 a 11.

[43] MONTERO, *ibídem.*, p. 163.

[44] TARUFFO Michele, *La Prueba de los Hechos*, Editorial Trotta, Milán, 2002, p. 168.

[45] Estimamos que al acoger este postulado se olvida también el concepto y contenido de la presunción o estado de inocencia: “La regla de juicio impone la declaración positiva de certeza de los hechos constitutivos del delito y la declaración negativa de los extintivos. Falta, por tanto, una distribución verdadera y propia de la carga de la prueba, esto es, de las consecuencias de la falta de certeza, en que el juez ha quedado respecto de determinados hechos de la causa. Incluso, esta falta de certeza la debe resolver siempre a favor del imputado, en virtud del principio indubio pro reo, principio que no es más que un aspecto de la regla de juicio del proceso penal.”; MICHELLI, Gian Antonio, *Carga de la Prueba*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Editorial Temis, Bogotá, 1989, pp. 239-240.

[46] A este respecto, acertadamente a nuestro juicio, se señala que “Lejos de ser necesario desterrar la noción de verdad para obtener frutos en el análisis de la noción de prueba, es imprescindible comprender adecuadamente las relaciones entre ambos conceptos para captar muchos de los aspectos problemáticos que rodean al segundo en el ámbito del derecho. Otra cosa es que la prueba de una proposición sobre un hecho no exija la verdad de la proposición. ¡Pero de que la prueba y la verdad no sean hermanas no se deduce que no tengan una estrecha relación de parentesco!”; FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 100-101.

[47] El Considerando Décimo Primero señala: “Oída la intervención de la juez ... es dable concluir de forma manifiesta que consistió -al menos respecto de la víctima y la perito ...- en un nuevo interrogatorio, asemejándose al examen que la ley sólo franquea al Ministerio Público, al querellante particular o a la Defensoría Penal en su caso, apreciándose de su desarrollo una serie de interrogantes que comienza a formular la magistrada a la menor afectada, inquiriendo las razones que habrían generado la intervención de su profesora, luego por sus estados de ánimo, para a continuación solicitar detalles acerca de sus responsabilidades familiares asumidas en su entorno así como sobre sus integrantes.”; Corte Suprema, Rol N°4164-09, de 1 de septiembre de 2009.

[48] El Considerando Décimo aborda el fondo del problema: “Que de lo expuesto, aparece evidente la prohibición impuesta al tribunal, en orden a incorporar pruebas de cargo o descargo de forma oficiosa, toda vez que sólo puede ejercer la actividad que el artículo 329 del Código Procesal Penal expresamente les faculta, en el sentido que los miembros del tribunal pueden formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos... potestad que, sin lugar a dudas, en los casos que se decida ejercerla... deberá serlo con la mayor prudencia posible, recordando los jueces siempre como coto, que es función exclusiva de las partes incorporar la evidencia en juicio, y mantenerse ajenos al debate adversarial entre ellas.”; Corte Suprema, Rol N°4164-09, de 1 de septiembre de 2009.

[49] El Considerando Undécimo del fallo en comento, señala: “...Es efectivo que el Sr. Juez... excedió a lo pedido por el fiscal, agregando antecedentes y datos no sólo a las preguntas que hacía al testigo, sino que incluso realizando algunos aditamentos a sus respuestas. Del mismo modo, al tiempo de proceder a las aclaraciones, a las que se encontraba expresamente facultado por la ley en el

artículo 329 del Código Procesal, requirió mayor información a la que ya había sido vertida en el juicio, de modo que no sólo aclaró dichos, sino que facilitó la incorporación de nuevos datos al juicio, lo que constituye producción de prueba por parte del tribunal.”; Corte Suprema, Rol N°6165-09, de 4 de noviembre de 2009.

[50] Corte Suprema, Rol 1407-10, de 26 de mayo de 2010.

[51] En su Considerando Octavo, se señala: “...resulta inconcusos que la actuación de la Juez de Garantía que ha sido reprochada, puso al acusado en una situación desventajosa o desfavorable, ya que incorporó de oficio antecedentes que no fueron hechos valer por la parte acusadora en aval de su teoría del caso, como se advierte de las pistas de audio reproducidas, en las que se la escucha consultar sobre el clima el día de los hechos, las ropas de los presentes, insistiendo sobre el punto cuando el acusado le dice que no recuerda, elaborando una nueva línea de indagación al consultarle sobre lo que habitualmente usa para esclarecer el punto...”; “...posteriormente, consulta sobre el contexto, forma de llegar al lugar y razones para encontrarse en el sitio de los hechos, formulando incluso preguntas que pretenden evidenciar la aparente falta de credibilidad de la testigo de la defensa... labor que es propia de los intervinientes, en defensa de sus particulares intereses, pero no de un tribunal que debe aquilatar la credibilidad de un testigo en la sentencia sólo sobre la base de la información proporcionada por los intervinientes.”, señalando que “...El tenor de tales indagaciones claramente exceden el ámbito excepcional que el artículo 329 del Código Procesal Penal permite para intervención de los jueces...”; Corte Suprema, Rol N°8644-14, de 19 de junio de 2014.

[52] Compartimos lo señalado por HORVITZ Y LÓPEZ: “En nuestra opinión, los jueces deber ser extremadamente prudentes al hacer uso de esta facultad...”, pero no adscribimos a la continuación del enunciado, que reza: “...pues deben considerar que las partes no podrán objetar las preguntas claramente inconducentes ni que excedan el ámbito de la mera aclaración...”; HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo II. p. 295. Estos autores son de la opinión que no procede la objeción respecto de una pregunta formulada por el tribunal. En este sentido y a modo ejemplar, la Corte de Apelaciones de Temuco, rechaza recurso de nulidad interpuesto por la intervención fuera del marco permitido por el artículo 329 respecto de los miembros del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal mediante resolución de fecha 13 de julio de 2004, la que incide en causa Rol N°374-2004. Lo anterior no se condice con los principios del sistema acusatorio en relación al rol de sus actores. En efecto, con posterioridad la Excma. Corte Suprema estimó procedente las objeciones respecto de preguntas formuladas por los miembros del tribunal: “En este entendido, cuando el tribunal decide de propia iniciativa llevar a cabo un improcedente interrogatorio, en el que no sólo excede los márgenes de lo legalmente permitido que son las preguntas aclaratorias, sino que lo que hace en realidad es suplir eventuales insuficiencias en la información lograda transmitir por el persecutor y/o de la defensa, de suerte que se entromete en el debido desarrollo del proceso, transgrede el principio de contradicción y, de paso, afecta su propia imparcialidad, y en algunos pasajes derechamente manifestando su dictamen sobre la cuestión pendiente, lo que no puede ser tolerado.”; Considerando Décimo Cuarto, Corte Suprema, Rol N°4164-09, de 1 de septiembre de 2009, lo que llevó a que los tribunales comenzaran a acoger las objeciones planteadas en dicho sentido.

[53] En lo referido al incidente de objeción, nos remitimos a lo señalado en el punto N°3 del presente trabajo.

[54] El que dispone: “Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en la cualquier etapa del

procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.”; Código Procesal Penal, de 2000.

[55] No obstante, se debe hacer presente el carácter restrictivo de este recurso, que está concebido como “Un recurso extraordinario, ya que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 372 CPP, se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, <>”; HORVITZ Y LÓPEZ, *ibidem.*, p. 411.; lo que ha incidido, en la práctica, que en variadas ocasiones los intervinientes no cuentan con un remedio válido o eficaz en relación a las infracciones producidas dentro del juicio, transformando en ilusoria o poco eficaz la posibilidad de interposición de recursos respecto a la incorporación o las conclusiones referidas a dicha prueba.

[56] Además, nuestro legislador estimó “Que el principio de la inmediación es incompatible con la doble instancia, por lo que la apelación deja de ser el medio ordinario de impugnación de sentencias definitivas en materia penal pasando el recurso de nulidad de los artículos 372 y siguientes a ser el único medio para impugnar la sentencia dictada en el juicio oral.”; MATURANA Y MONTERO, *ibidem.*, p. 756.