



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

**HACIA LA FORMULACIÓN DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA CAUTELAR
APLICABLE A LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA MIRADA DE LA
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

EDUARDO ANDRÉS VILLAGRA CASTILLO

Profesor guía: Dr. Jonatan Valenzuela Saldías

Santiago de Chile

Enero - 2018

*A mi familia, en especial, mis padres y hermanos,
por su infinita paciencia y deajo de cuestionamientos*

*A los que se distanciaron,
pero que sin embargo, estuvieron presentes durante el proceso de redacción*

*A todos aquellos
que los mueve una búsqueda inculdicable por la justicia de las decisiones.*

AGRADECIMIENTOS

Por medio de estas breves palabras quisiera agradecer de manera afectuosa al profesor guía de esta memoria de prueba, Dr. Jonatan Valenzuela Saldías, por despertar en mí durante el último año del pregrado, el interés por un área del derecho procesal de carácter probatorio que hasta ese entonces me era desconocido. Su estímulo académico, paciencia en los tiempos y la provisión de materiales valiosos de lectura hicieron posible el desarrollo y entrega de esta extensa investigación, la que espero pueda retribuir de alguna manera su buena disposición para con mi trabajo.

También quisiera agradecer a la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, por ser un nicho intelectual de inspiración que hasta el día de hoy sigue colaborando en mi formación profesional, personal y académica. La Escuela ha dispuesto de una fuente inagotable de maestros de las ciencias jurídicas y funcionarios que, desde distintas perspectivas académicas, cercanía y métodos de enseñanza, hicieron que pudiera, más temprano que tarde, apasionarme por esta carrera.

Finalmente, agradezco a todos aquellos que de una u otra manera hicieron posible la conclusión de esta investigación académica.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
TABLA DE CONTENIDO	4
RESUMEN	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	12
1.1. Nociones generales sobre el proceso y la presunción de inocencia	12
1.2. El concepto de presunción de inocencia. Algunas de sus acepciones	18
1.2.1. ¿Es lo mismo la presunción de inocencia que la presunción de no-culpabilidad?	20
1.3. <i>Satius est impunitum relinque facinus nocentes quam innocentem damnari</i>	24
1.4. Reconocimiento jurídico de la presunción de inocencia en el Derecho interno y comparado	27
1.4.1. Enfoque constitucional chileno	29
1.4.2. Enfoque legal chileno	35
1.4.3. Perspectiva en el Derecho comparado. Tratados internacionales y Constituciones extranjeras	38
1.5. Naturaleza jurídica de la presunción de inocencia	40
1.5.1. Es un principio informador del proceso penal	41
1.5.2. Es una garantía procesal	49
1.5.3. Es un estado jurídico	56
1.5.4. Es un derecho fundamental	61

1.5.4.1. Consecuencias e importancia de su consagración expresa	69
1.5.5. Es un componente del debido proceso	73
1.5.6. Otras opiniones aisladas	82
1.5.7. En sentido estricto, (no) es una presunción	86
1.5.7.1. Presunciones <i>iuris tantum</i> e <i>iuris et de iure</i>	91
1.6. Si no es una norma de presunción propiamente tal, ¿entonces qué es?	96
1.6.1. Acto de habla	96
1.6.2. Verdad interina	99
1.6.3. Interés práctico	101
1.6.4. Orientación epistemológica	105
1.7. Relación de la presunción de inocencia con una regla de estándar de prueba	110
1.7.1. Inocencia material v/s inocencia probatoria	115
1.7.1.1. El problema de la asimetría	118
CAPÍTULO II: ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES. EN PARTICULAR, LA PRISIÓN PREVENTIVA	126
2.1. Sobre la motivación de la sentencia y de las resoluciones judiciales en general	126
2.1.1. Un caso introductorio	126
2.1.1.1. Algunos problemas en la resolución del caso	131
2.1.2. ¿Qué significa motivar?	135
2.1.2.1. Motivación como garantía interna y externa	139
2.1.2.2. ¿Qué es lo que realmente se motiva? Motivación como acto o como norma	144
2.1.2.3. Premisa normativa y premisa fáctica en la estructura del razonamiento judicial	149

2.1.2.3.1. Modelo legal chileno de justificación de enunciados probatorios	158
2.1.2.4. Concepción psicologista de la motivación	163
2.1.2.4.1. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación	168
2.2. Medidas cautelares, en general, y prisión preventiva, en particular	176
2.2.1. Definición de las medidas de coerción procesal	176
2.2.2. Características y principios generales que informan las medidas cautelares.....	179
2.2.2.1. Presupuestos de aplicación (humo de buen derecho y peligro en la demora)	192
2.2.3. Prisión preventiva: definición, orígenes y regulación legal en el sistema procesal chileno	197
2.2.3.1. Necesidad de cautela: finalidades legítimas e ilegítimas	208
2.2.4. La aparente contradicción entre <i>compatibilistas</i> y no <i>compatibilistas</i>	223
2.2.4.1. Regla de trato	224
2.2.4.1.1. <i>Compatibilistas</i> v/s no <i>compatibilistas</i>	226
2.3. Evidencia empírica en torno al uso de la prisión preventiva	237
CAPÍTULO III: ESTÁNDAR DE PRUEBA CAUTELAR	248
3.1. Errores judiciales	248
3.1.1. Concesión errónea de una prisión preventiva desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado-Juez	249
3.1.2. Definición y tipología clásica del error judicial	262
3.1.3. Causas del error judicial	271
3.1.4. Aproximación empírica a la prisión preventiva en contra de inocentes según la Defensoría Penal Pública	290

3.2. Prueba jurídica y su nexa con la verdad	297
3.2.1. Concepción cognoscitiva del proceso	297
3.2.1.1. Verdad formal y verdad material como una distinción falaz	305
3.2.2. Prueba como mecanismo de averiguación de la verdad	315
3.2.2.1. Significado de la prueba jurídica y algunas concepciones específicas	319
3.2.2.2. ¿Qué significa la acepción “está probado que p ”?	328
3.2.2.3. A modo de excursus: ¿Es posible discurrir sobre la actividad probatoria en un estadio procesal anterior al de la etapa de juicio oral?	335
3.2.3. Modelos del razonamiento probabilístico	350
3.2.3.1. Probabilidad cuantitativa o frecuentista	352
3.2.3.2. Probabilidad subjetiva	353
3.2.3.3. Probabilidad lógica o inductiva	359
3.3. Estándar de prueba	367
3.3.1. Algunas definiciones	372
3.3.1.1. ¿Pueden existir en un mismo proceso judicial más de un estándar de prueba?	376
3.3.2. Distribución del riesgo de error epistémico en la prisión preventiva: toma de postura	379
3.3.3. La severidad de los estándares en relación al reparto del riesgo de error	385
3.3.4 Tipos de estándar	391
3.3.4.1. Propuestas negativas de estándar de prueba cautelar	392
3.3.4.2. Propuestas positivas de estándar de prueba cautelar	400
3.3.5 Algunos comentarios y sugerencias finales	408

CONCLUSIONES	412
BIBLIOGRAFÍA	417

RESUMEN

El objetivo institucional del proceso, en general, y del proceso penal, en particular, es la averiguación y reconstrucción de la verdad relativa sobre una situación fáctica que se presenta en el contexto de un procedimiento racional con el propósito de resolver un conflicto de relevancia jurídica. En este cometido, las reglas de estándar de prueba se constituyen en una herramienta provechosa de distribución del riesgo de error judicial y de control intersubjetivo de la decisión que permite evitar la arbitrariedad judicial. En esta memoria postulamos la idea, apoyada por un sector de la doctrina procesal especializada, de que su formulación no está constreñida a la declaración definitiva de los hechos probados en la sentencia definitiva, sino que es posible de ser establecida aun en decisiones preliminares y anteriores a ésta, en donde esté en disputa cualquier premisa fáctica del razonamiento probatorio que sea necesaria disolver para aplicar el derecho, tal como ocurre con la prisión preventiva.

Dicho lo anterior, en la siguiente investigación intentaremos presentar esta discusión teórica, determinar su relevancia y sugerir algunos criterios generales de construcción de un umbral de suficiencia probatoria que sea aplicable sobre la proposición fáctica que recae sobre la concesión o denegación de la medida cautelar personal más intensa del sistema. Para ello, orientaremos el debate desde la mirada y los fundamentos práctico-epistémicos de la presunción de inocencia y su dimensión como regla de tratamiento del imputado.

Al mismo tiempo, expondremos y someteremos a análisis crítico algunos pronunciamientos jurisprudenciales y evidencia empírica que dan cuenta de los problemas asociados, en parte, a la ausencia de una regla de estas características que influye en la imposición errónea de la prisión preventiva sobre personas que más tarde terminan siendo liberadas en alguna etapa del procedimiento penal como consecuencia de la confirmación de su inocencia probatoria.

INTRODUCCIÓN

La presente memoria de investigación tiene por objetivo problematizar, reflexionar y analizar a nivel dogmático, jurisprudencial y empírico, la eventual construcción de *lege ferenda* de una regla de estándar de prueba cautelar -hoy inexistente- que sea aplicable a las medidas cautelares personales, en general, y a la prisión preventiva, en particular, con miras a evitar la arbitrariedad judicial que habitualmente se encuentra inmersa en la dictación de este tipo de decisiones. Para ello, adoptaremos los postulados y lineamientos generales de un esquema procesal de carácter cognoscitivo que esté orientado a determinar la averiguación de la verdad relativa atingente al proceso penal y que sea compatible con el respeto y vigencia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, en especial, el derecho a la presunción de inocencia que asiste al imputado.

Las razones que motivan la elección de este tema y que hicieron que nos decidiéramos por emprender esta extensa investigación teórica dicen relación con el reconocimiento e identificación de un conjunto grueso de vicios y errores judiciales en sede cautelar (vale decir, susceptibles de producirse en alguna etapa del proceso penal en la que el órgano persecutor o la parte querellante solicite la imposición de la prisión preventiva en contra del imputado) que terminan decretando la medida cautelar personal más gravosa del sistema de enjuiciamiento criminal en contra de personas que luego terminan siendo liberadas, como consecuencia de una sentencia absolutoria que confirmó su inocencia en el momento procesal de juzgamiento o en alguna otra fase más temprana del procedimiento. Esto hizo que nos adentráramos en la búsqueda de algún mecanismo alternativo de solución -de entre muchos que pudiera imaginarse- que permitiera robustecer la exigencia de fundamentación de este tipo de resoluciones judiciales, que distribuyera diferenciadamente el riesgo de error inherente a la toma de decisiones jurisdiccionales, y que al mismo tiempo, pudiera controlar intersubjetivamente la racionalidad de la decisión cautelar que se espera obtener de la concesión o denegación de la prisión preventiva en un caso concreto.

Para lo anterior, la estructura y metodología de estudio que seguiremos será la siguiente:

El primer capítulo tiene por finalidad examinar exhaustivamente la regla de presunción de inocencia, estableciendo su definición, naturaleza jurídica (constitucional y procesal), regulación normativa en el derecho interno, comparado y su consagración en instrumentos internacionales, y las implicaciones procesales, prácticas y epistémicas que tiene en relación con la construcción preliminar de una regla de estándar de prueba objetivo, específico y racional susceptible de ser aplicado en la discusión sobre la medida cautelar personal más intensa del sistema.

El segundo capítulo tiene por objetivo constatar y analizar algunos defectos presentes en la motivación de la decisión judicial que decreta una prisión preventiva a partir del estudio de un caso real. Para ello, ahondaremos en el concepto de motivación de las resoluciones judiciales en general, la estructura global de una sentencia, el modelo de justificación que adoptó el legislador nacional relativo a la declaración de los hechos probados y las concepciones críticas (subjetivistas y racionalistas) que se encuentran en pugna al momento de sustentar una adecuada fundamentación de las decisiones. Luego de ello, describiremos el régimen procesal cautelar sobre el cual descansan las medidas cautelares personales de carácter penal (principios, características, presupuestos de aplicación y finalidades legítimas e ilegítimas que la doctrina le atribuye a su implementación) y analizaremos la discusión jurídica que vincula a la dictación de la prisión preventiva con la posibilidad de hacerla compatible (o incompatible) con la presunción de inocencia en su dimensión como regla de trato. Finalmente, en esta sección ofreceremos evidencia empírica extraída desde la base de datos de importantes órganos públicos que dan cuenta del tratamiento, importancia y utilización actual que tiene esta particular medida cautelar en el modelo procesal chileno vigente.

En el tercer capítulo de esta investigación, abordaremos las nociones más tradicionales en torno al error judicial, específicamente, el de carácter cautelar-penal que se origina en el curso del procedimiento, a la luz de una sentencia de la Corte Suprema que ha sido objeto de examen crítico desde distintas aristas de las ciencias del derecho. En este sentido, examinaremos sus tipologías más clásicas, los factores que inciden en la errónea concesión o denegación de la prisión preventiva y cómo aquellos se manifiestan en los casos judiciales que concluyeron con la inocencia o la no condena del imputado por los delitos jurídicamente atribuidos. Esto nos servirá de insumo para discutir las bases jurídicas más tradicionales que se afincan sobre el estudio de la verdad, el ejercicio de la actividad probatoria desplegada en el proceso y la preferencia respecto de un determinado riesgo de error en desmedro de otro. Todo lo anterior, de cara a proponer un debate teórico relativo al umbral mínimo de suficiencia probatoria que -sobre la base de un esquema de probabilidad inductiva- requiere ser traspasado para tener por probada la proposición fáctica de aquella parte que sugiere imponer, en un caso concreto, la medida de prisión preventiva.

El objetivo central de este último apartado es analizar la viabilidad e idoneidad del diseño de algunas propuestas de regla de estándar que parte de la doctrina ha elaborado para instaurar e implementar en una etapa procesal anterior a la decisión de culpabilidad o inocencia, con el propósito de disolver la incertidumbre epistémica que va envuelta en esta clase de resoluciones.

CAPITULO I: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1.1. Nociones generales sobre el proceso penal y la presunción de inocencia

En general, la mayoría de los académicos nacionales y extranjeros cuya ciencia jurídica de estudio está enfocada en la comprensión, análisis e interpretación del derecho procesal, conceptualiza la noción de proceso judicial desde dos puntos de vista¹. En primer lugar, como una herramienta destinada a la averiguación de la verdad² -con la consiguiente crítica aducida por algunos autores relativa a la inconveniencia cognoscitiva de diseñar modelos procesales que incluyan reglas contra epistémicas que, por definición, presentan intereses ajenos a la verdad, v.gr., el respeto y protección de los derechos fundamentales de los agentes involucrados- y en segundo lugar, como una serie de actos o etapas concatenadas y dirigidas a tomar una decisión judicial que permita resolver en forma definitiva un conflicto de relevancia jurídica. Con el proceso penal, en particular, ocurre lo mismo. Su finalidad está orientada, en principio, a averiguar la comisión del hecho punible y la participación culpable del acusado a partir de un conjunto de reglas institucionalizadas en un contexto jurídico que pretende ser, en términos generales, lo más respetuoso posible de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Para aproximarnos a ambas nociones, citaremos brevemente la opinión de algunos autores que nos brindarán algunas luces a lo recién señalado.

Desde el *primer enfoque*, el jurista alemán Claus Roxin establece lo siguiente: “La meta del proceso penal es, según una opinión extendida, investigar la verdad respecto del hecho punible y castigar al autor. En este sentido, finaliza el proceso penal con la constatación de ‘los hechos considerados probados’ (§ 267, ap. 1, frase 1a StPO), que, ello no obstante, no son leídos como si fueran un acta, sino que sirven a la fundamentación del llamado veredicto de culpabilidad y de la imposición de la pena. Así pues, el *hallazgo de la verdad* no constituye un fin en sí mismo, sino un mero fin intermedio, que debe esclarecer si la *sospecha del hecho* que resulta contra el inculpado está o no justificada”³. Dado que la consecución de la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio, el proceso tiene la misión compleja de englobar en forma coherente estos distintos fines: “la condena del

¹ Jordi Ferrer es de la opinión de que al menos pueden existir 3 finalidades según sea el modo de concebir el proceso judicial. “a) una cierta concepción democrática del proceso judicial; b) el proceso judicial como método de resolución de conflictos; y c) el proceso como método de aplicación de reglas generales”. FERRER, J. 2011. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho (Nº 34): p. 96.

² Las nociones acerca de la verdad procesal o verdad material, verdad absoluta o verdad relativa, entre otras, serán descritas y analizadas en profundidad en el capítulo III.

³ ROXIN, C., ARZT, G., y TIEDEMANN, K. 1989. Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A., p. 134.

culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión”⁴.

Las ideas de Michele Taruffo plasmadas en su obra insigne “*La prueba de los hechos*”, se corresponden también con esta línea de pensamiento que aquí llamaremos *epistémica*, al considerar -en sus palabras- “contradictorio sostener contextualmente que la decisión debe fundamentarse en la verdad de los hechos y que la verdad de los hechos no puede o no debe ser alcanzada en el proceso o, en todo caso, que resulta inútil porque no sirve para fundamentar la decisión. (...) En esos casos, además, se obtiene un cuadro teórico-ideológico en función del cual se puede valorar cada sistema procesal concreto desde el punto de vista de su idoneidad para producir decisiones justas en la medida en que estén fundadas en reconstrucciones verdaderas de los hechos”⁵.

Lo cierto es que para Taruffo y un sector importante de la doctrina nacional y comparada, es posible distinguir al menos dos aspectos en que la verdad debe importar al proceso. “En un primer sentido, esa verdad es relativa porque existen límites a los instrumentos cognoscitivos que se pueden emplear para determinarla. (...) En segundo sentido en el que puede hablarse de verdad relativa tiene que ver con la relatividad *respecto del contexto*, entendiendo por contexto no sólo los medios cognoscitivos disponibles, sino también el conjunto de las presuposiciones, de los conceptos, de las nociones, de las reglas, es decir, en una palabra, de los maceros de referencia mediante los que se construyen versiones de los hechos”⁶. El rol de la prueba en este esquema cognoscitivo es fundamental, toda vez que ésta se constituye, por antonomasia, en el mecanismo que coadyuva a la reconstrucción verdadera de los hechos de la causa, ya que es por medio de ella que las partes pueden corroborar o refutar las aserciones fácticas que se despliegan en el proceso.

En el mismo sentido Jordi Ferrer, para quien también la finalidad institucional de la prueba es la averiguación de la verdad *relativa*⁷. Esto no significa en caso alguno asumir una concepción subjetivista de la prueba. Al contrario, supone afirmar que su establecimiento está siempre limitado al conjunto de los elementos probatorios disponibles que se encuentran en el proceso judicial (de aquí que se diga que la verdad es *contextual*), y a la cantidad y calidad de información que está presente para su descubrimiento⁸.

⁴ ROXIN, C. 2000. Derecho procesal penal (Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor). Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto S.r.L., p. 4.

⁵ TARUFFO, M. 2009a. La prueba de los hechos. 3era edición. Madrid, España. Editorial Trotta., pp. 70-71.

⁶ *Ibíd*, pp- 74-75

⁷ FERRER, J. 2007a. La valoración racional de la prueba. Madrid, España. Editorial Marcial Pons., p. 40.

⁸ BELTRÁN, R. 2012. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. Revista Política Criminal del Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca. Vol. 7 (N° 14): p. 457.

Una posición más radical es la sostenida por el epistemólogo Larry Laudan. El autor, procurando tomar distancia con cualquier tipo de consideración jurídica, se aproxima al objeto de estudio del proceso judicial desde la disciplina de la filosofía de la ciencia. Al respecto, señala lo siguiente: “Comienzo con la premisa, quizás de carácter contrafáctico, de que el objetivo principal de un juicio penal es averiguar la verdad acerca de la comisión de un delito”⁹. En otro de sus libros más destacados, el autor señala: “Por tanto, parece adecuado decir que, con independencia de otras características, un sistema de justicia penal es primordialmente un *motor epistémico*, es decir, un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad a partir de lo que a menudo comienza con una mezcla de confusa de pistas e indicios”¹⁰. Desde su punto de vista, al interior de un sistema de justicia criminal confluyen -y a su vez colisionan- valores o reglas *epistémicas*, *contra-epistémicas* y *quasi-epistémicas*¹¹, elementos todos que harían aún más difícil el conocimiento de los hechos.

En nuestra doctrina procesal también encontramos opiniones en este sentido. Así, por ejemplo, el profesor Jonatan Valenzuela señala: “Todo proceso se encamina a la averiguación de la verdad, con lo que en gran medida el ejercicio investigativo y luego el probatorio supone la administración de información que sirve de base para la justificación de la decisión de absolución o condena”¹². Ahora bien, el autor reconoce la existencia de reglas contra epistémicas que rigen el proceso judicial, las cuales obedecen a valores diversos a la averiguación de la verdad y con las que inevitablemente tenemos que convivir, cuestión que pone de manifiesto que la actividad probatoria que se ejecuta en el procedimiento penal, es algo más que -señala- “un ejercicio puramente epistémico”¹³.

Volveremos sobre la relación entre el proceso y la verdad en el capítulo III.

⁹ LAUDAN, L. 2005a. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. (Nº 28): p. 96.

¹⁰ LAUDAN, L. 2013. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid, España. Editorial Marcial Pons., p. 23. En el mismo sentido Luigi Ferrajoli según el cual el proceso penal se funda en la garantía de la libertad y de la verdad: “Por razones diversas pero convergentes, la verdad del juicio y la libertad del inocente, que constituyen las dos fuentes de legitimidad de la jurisdicción penal, requieren órganos terceros e independientes de cualquier interés o poder: la *verdad*, por el carácter necesariamente libre y desinteresado de la investigación de lo verdadero; las *libertades* -de la libertad personal a la de pensamiento, de los derechos de defensa a las libertades políticas-, porque equivalen a otros tantos derechos de los particulares frente el poder y los intereses de la mayoría”. FERRAJOLI, L. 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España. Editorial Trotta, p. 545.

¹¹ Aceptar que el fin del proceso es la averiguación de la verdad no significa concluir necesariamente que esta sea su finalidad exclusiva y excluyente. Siendo conscientes de la falibilidad del conocimiento humano en el emprendimiento de esta tarea, es que tenemos que admitir que podemos errar, pero que también podemos repartir el modo en que nos equivocamos. Del mismo modo, es esencial reflexionar políticamente sobre el tipo de error que estamos dispuestos a tolerar. Estos son los valores *quasi-epistémicos* que se involucran en todo tipo de proceso y cuya motivación nada tiene que ver con la verdad. Antes bien, detrás de sus razones subyace una elección esencialmente ética y apolítica. Nos detendremos sobre este punto en el capítulo III. LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* pp- 96-97.

¹² VALENZUELA, J. 2015. Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal. *Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2014*. Centro de documentación Defensoría Penal Pública (Nº 16): p. 128.

¹³ *Ibid.* p. 135.

Desde el *segundo enfoque*, en cambio, el proceso -sobre todo en sede civil¹⁴- no puede abandonar la idea de que su finalidad ulterior es la realización de actos dirigidos a legitimar formalmente la resolución de un caso concreto¹⁵. Para ello, el juez estaría obligado a emprender, a lo menos, tres tareas esenciales descritas por Rafael Hernández Marín, una de las cuales es la principal, a saber: “La primera de ellas es juzgar, dictar una decisión que resuelve el litigio que llega ante él. (...) Desde este punto de vista, me parece erróneo negar que la finalidad principal de un proceso sea resolver un litigio”¹⁶. De esta manera, según el planteamiento clásico de Eduardo Couture, el proceso resulta ser el instrumento adecuado para dirimir un conflicto de relevancia jurídica con autoridad de cosa juzgada¹⁷.

A su turno, en nuestra literatura especializada encontramos a Alex Carocca quien -en sus palabras- considera que “el proceso constituye el más perfecto y sofisticado instrumento de resolución de disputas o conflictos de contenido o relevancia jurídica y según muchos el verdadero método de creación de derecho, ya que está *constituido por la actividad de las partes o interesados -es decir lo que se pueden ver afectados por sus resultados- y del tribunal en pos del juicio jurisdiccional*”¹⁸. En el mismo sentido Fernando Orellana, quien define nuestro objeto de estudio siguiendo muy de cerca la conceptualización tradicional de Couture: “la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver un conflicto que ha vulnerado una norma penal, mediante un juicio de autoridad dictado por los órganos penales competentes”¹⁹.

Por último, el jurista argentino Alberto Binder frente a la pregunta de qué es el proceso penal, responde: “Es posible dar una respuesta descriptiva y así el proceso penal aparecerá simplemente como un conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición

¹⁴ Taruffo explica la posición de aquellos autores que consideran que si el fin del proceso civil es eliminar una controversia jurídica, atribuirle una finalidad cognoscitiva es impertinente e innecesaria. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 38-39.

¹⁵ Una mención especial merece el interesante planteamiento que tiene al respecto Jordi Ferrer, para quien no es el proceso sino el Derecho el que debe cumplir la función de resolución de conflictos sociales, desplazando al proceso la función de garantizar la correcta aplicación de las normas jurídicas para que dicha finalidad pueda ser realizada. FERRER, J. 2011. *op. cit.* 98.

¹⁶ HERNÁNDEZ MARÍN, R. 2014. El juez, el científico y la búsqueda de la verdad. En: GARCÍA AMADO, J. y BONORINO, P. (coordinadores). Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción. Granada, España. Editorial Comares. pp. 4-5. Las otras dos obligaciones básicas del juez son: (ii) que la decisión que el juez dicte para resolver el litigio sea una decisión conforme al Derecho; (iii) que motive su decisión. *Ibid.* pp. 4-5

¹⁷ COUTURE, E. 1958. Fundamentos del derecho procesal civil. 3° edición. Buenos Aires, Argentina. Roque Depalma., pp.10-11

¹⁸ CAROCCA PÉREZ, A. 2000. Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal. En: CAROCCA, P., DUCE, M., RIEGO, C., BAYTELMAN, A., y VARGAS, J. E. Nuevo proceso penal. Incluye texto completo del Nuevo Código Procesal Penal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., p. 35

¹⁹ ORELLANA TORRES, F. 2009. Manual de Derecho Procesal, Tomo V, Procesos Penales. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia., p. 11.

de una pena y, en el caso de que tal existencia se comprueba, establecer la cantidad, calidad y modalidades de la sanción”²⁰.

El autor considera que para una adecuada comprensión de los fines en los que se instituye el derecho procesal penal se deben tener presente dos intereses usualmente antagónicos que, a pesar de los ingentes esfuerzos dogmáticos por aunar ambos en torno a la consecución de un solo objetivo, se encuentran en permanente tensión: “La primera de estas fuerzas o tendencias es la que se preocupa por establecer un *sistema de garantías* o resguardos frente al uso de la fuerza estatal. Se procura en este caso evitar que el uso de esa fuerza se convierta en un hecho arbitrario. Su objetivo es esencialmente, proteger la libertad y la dignidad de la persona. La segunda de esas tendencias se inclina a lograr una *aplicación efectiva de la coerción procesal*. Su objetivo es lograr la mayor eficiencia posible en la aplicación de la fuerza estatal”²¹. La colisión existente entre la eficacia en la persecución penal y los derechos fundamentales y garantías procesales de los ciudadanos, está condicionada por cuestiones culturales que influyen en el momento de adoptar políticamente una estructura o modelo procesal específico.

De cuanto se ha expuesto, la posición que asumiremos en esta memoria de grado es aquella que plantea que el objetivo específico del proceso es la correcta aplicación del derecho mediante la producción de una decisión definitiva que permita resolver un conflicto de relevancia jurídica. Esta finalidad solo puede ser obtenida en la medida que la corrección de la decisión esté orientada a la reconstrucción y averiguación de la verdad²². Una postura que se adhiere a esta línea de pensamiento es la que a nuestro juicio permite cumplir las exigencias de racionalidad sobre las que se asienta un sistema de justicia penal que busca producir decisiones que propendan a la obtención de respuestas de calidad. Ello en caso alguno supone desconocer la realidad fáctica de que no siempre cada una de las decisiones que se tomen en un procedimiento adjudicativo sean, en todo lugar, necesariamente verdaderas, por mucho que sea ésta la aspiración teleológica a la cual aspira un ordenamiento internamente coherente. En efecto, en un contexto de incertidumbre fáctica, el conocimiento humano es deficiente y naturalmente falible, y el de los jueces no está ajeno a esta dificultad.

²⁰ BINDER, A. 1999. Introducción al derecho procesal penal. 2° edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc, p. 53.

²¹ *Ibid.* p. 56 [Las cursivas son nuestras].

²² En este sentido Bentham, reproducido por Ferrer: “El objetivo de la averiguación de la verdad deriva, por otro lado, de la asunción por parte de Bentham de que la finalidad fundamental del derecho procesal es la de ser garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo”. FERRER, J. 2010a. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. En: ACCATINO SCAGLIOTTI, D (coordinadora). Formación y valoración de la prueba en el proceso penal. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing., p. 2. Taruffo por su parte, describe lo siguiente: “(...) esto confirma que la afirmación de la verdad de los hechos como condición de justicia de la decisión no es un dato típico de una concepción específica de los objetivos del proceso, sino que tiende a ser un criterio de carácter general siempre que piense en la decisión judicial en términos de justicia y no sólo en términos de eficiencia como instrumento de pacificación o de control social. (...) parece muy difícil romper el nexo que vincula la verdad de los hechos y la justicia de la decisión y hace de la primera una condición necesaria de la segunda”. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 64-65.

Por lo demás, huelga decir que en un sistema judicial es perfectamente posible compatibilizar algunos errores epistémicos con decisiones que sean igualmente correctas, en el sentido de ser conformes a derecho²³. En este sentido, las reglas de *estándar de prueba* y la de *presunción de inocencia* son la manifestación más conspicua en la que pretendemos reconocer y distribuir diferenciadamente ese riesgo inevitable y -hasta tolerado- de error.

Por otro lado, es importante subrayar que la legitimidad institucional del proceso, en general, y del proceso penal, en particular, no está definido solo por un adecuado sistema de normas que permitan la consecución de un resultado justo en la resolución del conflicto, sino que también es crucial en su cometido una opción política que decididamente persiga el respeto, promoción y tutela de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de todos los intervinientes. En esta línea de pensamiento, escribe Mercedes Fernández López: “sólo con un proceso -y un sistema penal- regulado en la mayor medida posible por normas jurídicas, evitando así la discrecionalidad judicial e imponiendo la necesidad de alcanzar la verdad -de acuerdo con dichas normas- es posible respetar las garantías de los ciudadanos sometidos a un proceso penal”²⁴. Cabe agregar que este problema que ocurre en el campo del derecho procesal acontece también en el campo de la ciencia. En efecto, reconocer que una determinada actividad científica tiene una específica finalidad no excluye, en caso alguno, que pueda tener también otros tipos de finalidades que se complementen, o que en su defecto, puedan convivir tranquilamente²⁵.

Dicho esto, entre el abanico de derechos fundamentales y garantías constitucionales que tanto la dogmática nacional como los instrumentos internacionales han definido como esenciales, y que a su vez, permiten calificar a un procedimiento como debido y racional, se destacan los siguientes: derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, imparcial y establecido con anterioridad por la ley, el derecho a un justo o debido proceso, el derecho a un juicio oral y público, el derecho a la igualdad de armas, el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor de propia elección o que sea proporcionado por el Estado, el derecho a conocer el contenido de la imputación, el derecho a recurrir,

²³ “Los estándares de prueba permiten, entonces, operar válidamente en contextos de incertidumbre. Esto, por cuanto las decisiones que se lleguen a adoptar en el curso de la adjudicación y que pudieren eventualmente estar afectadas a errores epistémicos, de todas formas podrán ser calificadas como decisiones conforme a derecho; ello por la vía de definir cuánta información y análisis será requerido para superar las exigencias inherentes a la carga de la prueba que ha sido impuesta sobre una de las partes. (...) los estándares de prueba dan directrices acerca de cómo debiera distribuirse el potencial error en que podrían incurrir los jueces al dar por probada la historia favorable a las pretensiones del demandante o del acusador”. COLOMA CORREA, R. 2009. Estándares de prueba y juicios por violaciones a los Derechos Humanos. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XXII (N° 2): p. 211.

²⁴ Aquí la autora se basa en Ferrajoli. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal. Trabajo de investigación presentado para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho. Alicante, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, p. 185. En el mismo sentido, LEDESMA, A. E. 2009. La prueba en el proceso judicial. *En*: OTEIZA, E. (coordinador). La prueba en el proceso judicial. 1ª edición, Santa Fe, Argentina. Editorial rubinzalculzoni, p. 287.

²⁵ FERRER, J. 2002. Prueba y verdad en el derecho. Madrid, España. Editorial Marcial Pons., pp. 81-82.

el derecho a la prueba, el derecho a guardar silencio, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la *presunción de inocencia*, entre otros. Sobre este último nos referiremos en este capítulo, desarrollando de manera detallada su conceptualización, orígenes, naturaleza jurídica, reconocimiento normativo e implicancias procesales con el tema que nos convoca.

1.2. El concepto de presunción de inocencia. Algunas de sus acepciones

El Tribunal Constitucional español ha señalado, en lo que consideramos un hito jurisprudencial, que la presunción de inocencia es un “concepto poliédrico”²⁶. Es por ello que definir y determinar su naturaleza jurídica será el primer paso que se trazará al inicio de este capítulo.

Según la Real Academia Española, el concepto de inocencia viene del latín *innocentia* y tiene las siguientes acepciones²⁷:

1. Estado del alma limpia de culpa
2. Exención de culpa en un delito o en una mala acción
3. Candor, sencillez.

Por su parte, el concepto de presunción, “viene del latín *présomption* derivación de *praesumptio-ónis*, que significa idea anterior a toda experiencia”²⁸. La voz *presunción* según la Real Academia Española significa: “1. acción y efecto de presumir”²⁹. Y *presumir*, en su primera acepción significa “suponer o considerar algo por los indicios o señales que se tienen”^{30 31}.

Lo cierto es que desde antiguo este concepto ha estado presente, a veces de manera explícita, otras de manera soterrada, en cada uno de los procesos históricos que han recorrido el derecho continental como el anglosajón. Algunas aproximaciones teóricas que entrega la doctrina procesal y constitucional sobre el concepto son las siguientes:

²⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 170

²⁷ Real Academia Española. 2017. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=LhQEWIn>> [consulta: 28 septiembre 2017]

²⁸ JARA MÜLLER, J. 1999. Principio de inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. X (n° especial): p. 51.

²⁹ Real Academia Española. 2017. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=U7ZEVjW>> [consulta: 28 septiembre 2017]

³⁰ Real Academia Española. 2017. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=U7YygFe>> [consulta: 28 septiembre 2017]

³¹ El procesalista Josep Aguiló teniendo como referencia también a la Real Academia Española, señala que *presumir* significa “sospechar, conjeturar o creer algo porque se tienen indicios para ello”. AGUILÓ REGLA, J. 2006. Presunciones, verdad y normas procesales. *Revista Isegoría* (N° 35): p. 11

A. ‘La ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y lo someta a una pena’³².

B. “En puridad, la presunción de inocencia protege a todos los sujetos de quienes no se ha sospechado el cometimiento de un delito. Quien sea sospechoso de haberlo cometido deja de ser protegido por aquella presunción, puesto que la sospecha deriva de elementos de prueba o de indicios; asume tal proporción que autoriza al juez a poner en ejercicio la acción por medio del procedimiento”³³.

C. “La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”³⁴.

Como se puede apreciar, ninguna de las definiciones recién transcritas es capaz de desentrañar el verdadero sentido y alcance de la presunción de inocencia. Es por ello que en lo sucesivo desarrollaremos de manera acabada la naturaleza jurídica del concepto de presunción de inocencia con el objetivo de comprender íntegramente el contenido de su definición. Antes de ello, haremos algunas precisiones sobre una antigua distinción que en la actualidad sigue siendo problemática por su lamentable indeterminación. Nos referimos a la idea de *inocencia* y *no-culpabilidad*.

³² BARRIENTOS PARDO, I. 2011. Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal. Vulneración constitucional de la presunción de inocencia. Revista del centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 9 (Nº 2): p. 259.

³³ FONTECILLA, R. 1978. Tratado de derecho procesal penal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II, p. 443. Esta definición es interesante toda vez que proviene de un académico cuyo manual fue redactado mientras estaba vigente el Código de Procedimiento Penal de 1906, cuerpo normativo que estaba caracterizado por un sistema de enjuiciamiento criminal de tipo inquisitivo. Esto queda de manifiesto al emplear vocablos como “sospechoso” e implícitamente apoyar la idea de una presunción de culpabilidad.

³⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Revista Ius et Praxis 11 (Nº 1): p. 223. V.t. BARRIENTOS PARDO, I. 2011. *op.cit.* 259; CISTERNAS VELIS, G. V. 2011. El derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad. Cuadernos del Tribunal Constitucional (Nº 44): p. 53.

1.2.1. ¿Es lo mismo la presunción de inocencia que la presunción de no-culpabilidad?

Existe una polémica en torno a la presunción de inocencia que se instauró a propósito del proceso de deliberación constituyente en Italia a mediados del siglo XX, producto de la pugna entre las distintas escuelas de pensamiento de la época que discutieron sobre si reconocer la presunción de inocencia era lo mismo que reconocer la presunción de no-culpabilidad³⁵. Esto supone determinar si ambos enunciados constituyen dos tipos de denominaciones que expresan una misma idea, o si por el contrario, se trata de dos conceptos absolutamente diferentes. La manifestación de esta discusión se ve reflejada en la redacción del artículo 27 párrafo 2º de la Constitución italiana de 1947 que declara: “el acusado no será considerado culpable mientras no se pronuncie sentencia condenatoria firme”³⁶.

Parte de la doctrina comparada -no exclusivamente italiana- establece que son conceptos equivalentes. Así por ejemplo Juan Igartua Salaverría, quien refiriéndose al tema en cuestión establece: “‘Inocencia’ y ‘no-culpabilidad’ son simples variantes lexicales del mismo concepto (negar la culpabilidad equivale a reconocer la inocencia). Por si faltara argumentar aún más, añadiré que semejante interpretación es la única que cuadra con lo dispuesto en documentos internacionales sobre derechos humanos (ratificados también por España)”³⁷.

Una postura contraria es la que sostiene Vincenzo Manzini: “no es verdad, como lo hemos demostrado, que el proceso penal certifique siempre la inocencia, si no afirma la culpabilidad. A parte de que el no ser reconocido como culpable no equivale a ser reconocido como inocente (concepto más

³⁵ El postulado iluminista de la presunción de inocencia de fines del siglo XIX dio pase al surgimiento de distintos movimientos políticos y jurídicos que propugnaban las ideas del liberalismo, entre los que se destaca la Escuela clásica de Italia (Lucchini, Carrara, Carmignani, entre otros). El principal promotor de este movimiento fue Francesco Carrara para quien “la inocencia del acusado es presupuesto de la ciencia penal, en aquella parte en que dice relación con el procedimiento, y a ella están referidas prácticamente todas las garantías que hoy llamaríamos ‘justo proceso’”. POZO SILVA, N. 2006. Presunción de inocencia o estado de inocencia en el nuevo proceso penal. *Gaceta Jurídica* (Julio N° 313): p. 19. El desarrollo científico desarrollado por estos movimientos se ganó acérrimos opositores que criticaron duramente el principio. Entre ellos, la Escuela positiva italiana, la cual consideraba al principio como una fórmula absurda e ilógica (Rafael Garofalo, Enrico Ferri), en el cual “el conflicto entre el Estado y el individuo debe resolverse en favor del primero”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op.cit.* p. 186. Por su parte, la Escuela de pensamiento técnica-jurídica basada en la relación existente entre el Estado autoritario y el individuo, también dirigía fuertes ataques en contra de la presunción de inocencia, calificándola de “burdamente paradójica e irracional” (*Ibid.* p. 190.), puesto que las normas penales están destinadas más bien a reprimir y sancionar los delitos que a proteger la inocencia. El principal defensor de esta línea de pensamiento fue Vincenzo Manzini, quien consideraba que ser sujeto de una imputación jurídico penal era razón suficiente para apoyar la presunción contraria, es decir, de culpabilidad. De hecho, para él, si se presumiera realmente la inocencia, no tendría sentido someter al imputado a prisión preventiva”. V.t. MONTAÑES PARDO, M. A. 1999. La presunción de inocencia. *Análisis Doctrinal y Jurisprudencia*. Pamplona, Editorial Aranzadi. P. 29; AYALA VALENTIN, W. I. 2011. La presunción de inocencia en el proceso penal [en línea], Perú. *Lex novae Revista de Derecho*. <<http://lexnovae.blogspot.cl/2011/05/la-presuncion-de-inocencia-en-el.html>> [consulta: 21 septiembre 2016], p. 2.; COLOMBO CAMPBELL, J. 2005. Constitución y presunción de inocencia. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*. Año X (N° 10): p. 24.; POZO SILVA, N. 2006. *op.cit.* pp. 18-20; FERRAJOLI, L. 1995. *op.cit.* p. 550; JARA MÜLLER, J. 1999. *op.cit.* pp. 44-46.

³⁶ Ministerio del Interior de Italia. 2017. [en línea] <http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf> [28 septiembre 2017]

³⁷ IGARTUA SALAVERRÍA, J. 2001. Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, “in dubio pro reo”. *En: Anuario de Derechos Humanos* N° 2. Edición Universidad Complutense de Madrid, España., p. 477.

amplio y genérico), la declaración de certeza de la llamada inocencia sólo ocurre en determinados casos (ejemplo: absolución o sobreseimiento por no haber existido el hecho, o no haberlo cometido el imputado, o porque el hecho no constituye delito); en otros casos, en cambio, se comprueba sólo, sin discutir la acusación, que no se puede proceder (absolución o sobreseimiento por haberse extinguido el delito o por no poderse promover la acción penal, o por no podérsela proseguir); en otros casos, aún, se declara cierta la culpabilidad y se absuelve por motivos especiales (por concesión del perdón judicial); en otros, finalmente, la culpabilidad queda en duda (absolución por insuficiencia de pruebas)”³⁸.

Este cúmulo de posibilidades lo lleva a concluir que inocencia y no-culpabilidad son diferentes, toda vez que si la declaración de culpabilidad no puede afirmarse categóricamente, significa que la inocencia está rodeada de dudas, lo que impide ontológicamente igualarlas³⁹.

Otro sector de la doctrina comparada funda su posición en la utilidad que reporta denominar a esta presunción en uno u otro sentido. En esta línea se encuentra Alberto Binder, quien adhiere a la idea de que una formulación negativa del concepto, esto es, de *no-culpabilidad*, sería más operativa para esclarecer su verdadero significado en la medida que lo único seguro a nivel procesal, es que no se es culpable hasta que una sentencia de culpabilidad lo declare de esta manera⁴⁰. De la misma manera, Josep Aguiló describe que “estas presunciones [en este apartado el autor está aludiendo a las presunciones-principio de las cuales hablaremos en el punto 1.6.2.] no imponen ninguna creencia sobre la sustancia de fondo, sino más bien un ‘no está probado que’. En puridad sería mejor hablar de presunción de no culpabilidad, de no mala fe, de no inconstitucionalidad o de no ilegalidad”⁴¹.

Para Mercedes Fernández López, especialista en el tema, la solución constitucional italiana “lejos de adoptar una de las dos fórmulas propuestas (*presunción de inocencia* o *no presunción de culpabilidad*⁴²), refleja una solución de compromiso: no sanciona abiertamente la presunción de inocencia, pero tampoco la no presunción de culpabilidad, sino lo que se ha dado en conocer como *presunción de no culpabilidad*, que pretendía ser una garantía intermedia entre una y otra fórmula”⁴³.

³⁸ MANZINI, V. 1952. Objeto del proceso penal. En: Tratado de derecho procesal penal. Tomo III. (Traducción de Santiago Santís Melendo y Marino Ayerra Redín). Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América., p. 253

³⁹ *Ibid.* p. 257

⁴⁰ BINDER, A. 1999. *op.cit.* p. 125.

⁴¹ AGUILÓ REGLA, J. 2006. *op.cit.* p. 24. El paréntesis en corchetes es nuestro.

⁴² La discusión es confusa al punto de establecer relaciones complejas entre los mismos conceptos. Existiría una (i) presunción de inocencia; (ii) presunción de no-culpabilidad y una (iii) no presunción de culpabilidad. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op.cit.* p 193.

⁴³ *Ibid.* p. 193

Finalmente, en nuestra literatura el profesor Juan Colombo Campbell subraya la dicotomía entre ser inocente y no ser culpable a través de la expresión constitucional norteamericana e italiana⁴⁴, la que luego tendría correlato en nuestro ordenamiento jurídico local. En efecto, para el autor esto queda de manifiesto en el artículo 4° del Código Procesal Penal chileno el cual no considera inocente al imputado, sino que se lo estima “*no culpable*”⁴⁵.

Ahora bien, más allá de seguir una u otra postura, es importante advertir que ninguno de los autores citados precedentemente apuntan al fondo del asunto ni extraen consecuencias jurídicas relevantes para el debate procesal. Esto ocurre, en nuestra opinión, porque la doctrina más especializada no ha sido capaz de distinguir una cuestión previa que subyace al debate. Para abordar esta cuestión previa, tenemos que recurrir a una clasificación teórica realizada por Larry Laudan que será determinante para dirimir lo sustantivo del problema. Nos referimos a la distinción entre la [culpabilidad material/probatoria] y la [inocencia material/probatoria]. Conforme a estas dos categorías jurídicas, llamaremos a la culpabilidad material como *culpabilidad (m)* y la culpabilidad probatoria como *culpabilidad (p)*. Del mismo modo, llamaremos a la inocencia material como *inocencia (m)* y a la inocencia probatoria como *inocencia (p)*.

En la propuesta del epistemólogo norteamericano, es posible identificar una asimetría relevante respecto de la combinaciones descritas: “a) mientras que de un veredicto de culpabilidad (p) puede inferirse (faliblemente) una aseveración de culpabilidad (m) –es decir, el sistema de impartición de justicia asume justificadamente que alguien cuya culpabilidad ha sido probada es genuinamente culpable- b) un veredicto de inocencia (p) (es decir, un veredicto absolutorio) no garantiza ninguna inferencia de inocencia (m). *Ésta es, de hecho, la razón por la cual los jurados no emiten veredictos de inocencia, sino de no-culpabilidad*, que indican que las pruebas han resultado insuficientes para sustentar una condena”⁴⁶. Adicionalmente, esto explicaría en el sistema judicial estadounidense por qué al inicio del enfrentamiento de un juicio penal se insta al acusado a declararse culpable o no-culpable,

⁴⁴ “En la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de América se reconoce el derecho a todo ciudadano al ‘*due process of law*’ que significa ‘Nadie puede ser condenado si la acusación no ha probado su culpabilidad más allá de cualquier duda razonable’”. COLOMBO CAMPBELL, J. 2005. *op.cit.* p. 30.

⁴⁵ Art. 4°: “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme”. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000.

⁴⁶ LAUDAN, L. 2013. *op.cit.* p. 147. [Las cursivas son nuestras]. A renglón seguido, Laudan señala: “Curiosamente, la única manera en la que el acusado puede asegurarse una decisión de parte del sistema que genuinamente implique su inocencia (m), consiste en ganar primero una absolución en materia penal y después en demandar y vencer al Estado en la arena civil argumentando una acción maliciosa de la fiscalía (*‘malicious prosecution’*)”. *Ibid.* p. 148.

dejando absolutamente al margen cualquier consecuencia jurídica que pueda atribuírsele a la materialidad de la inocencia⁴⁷.

Lo atractivo, y a la vez difícil, de cruzar estas distintas alternativas reside en que un acusado podría ser hallado culpable probatoriamente y a pesar de eso, ser inocente materialmente, o ser hallado inocente probatoriamente en circunstancias que se es culpable materialmente, lo que trae consigo una serie de complejidades en torno al tipo de inocencia que debería importar al proceso, cuestión que veremos hacia el final de este capítulo.

En síntesis, si bien es cierto que deberíamos hablar en estricto sentido de *presunción de no-culpabilidad (probatoria)*, la mayoría de la doctrina italiana concluyó que no habrían mayores diferencias en el texto constitucional al afirmar que un imputado se presumiera inocente o se presumiera no-culpable⁴⁸. De hecho, concluir que son términos opuestos supone dar cabida a una suerte de zona gris que permitiría arribar a una figura intermedia y sumamente críptica entre la inocencia y la no-culpabilidad, cuestión que ni la doctrina ni la jurisprudencia estarían dispuestas decididamente a enfrentar. Por otro lado, los tratados internacionales sobre Derechos Humanos que ha ratificado el Estado de Italia y que se encuentran vigentes consagran expresamente a la presunción de inocencia con esta misma formulación lingüística, y por tanto, hacen que la discusión termine siendo estéril e inoperante⁴⁹. El arribo a esta conclusión puede también ser proyectada al caso chileno a través del reconocimiento del artículo 4° del Código Procesal Penal.

⁴⁷ *Ibid.* p. 148. El autor complementa lo anterior describiendo los errores en los cuales incurren los jurados estadounidenses al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados a través de la sentencia definitiva: “(...) Vale la pena destacar la tensiones implícitas en los casos mencionados. En el primero, *Estados Unidos v. Andajar*, aprendimos la lección de que los jueces deben decir al jurado que debe decidir si el acusado es culpable o no-culpable. Sin embargo, como ocurrió en el caso *Flores*, cuando un juez dice al jurado que debe presumir que el acusado no es culpable (en lugar de presumir su inocencia), se le tira firmemente de la cadena y los tribunales superiores insisten en que es la inocencia (m) del acusado, y no su no-culpabilidad, lo que se debe presumir. Así, lo que los miembros del jurado deben decidir (si el acusado es culpable o no-culpable) es algo totalmente diferente de lo que deben presumir [que el acusado es inocente (m)]. En resumen, el propio acusado ha declarado no ser culpable [es decir, su no-culpabilidad o bien, su inocencia (p)], y no que es inocente (m). Si el jurado lo absuelve, sus miembros estarían afirmando su inocencia (p), no su inocencia (m). Entonces, ¿por qué debería el jurado presumir su inocencia (m)?”. *Ibid.* pp.150-151.

⁴⁸ Resulta interesante esta conclusión toda vez que la jurisprudencia constitucional italiana en algunas sentencias ha arribado a la conclusión contraria. Al respecto, Mercedes Fernández describe lo siguiente: “El parecer de la *Corte Costituzionale* fue expresado con mucha claridad en la sentencia n. 124, de 6 de julio de 1972, resolución que constituye el punto de referencia de sus posteriores pronunciamientos. En ella se indica que el art. 27.2 CI no sanciona la presunción de inocencia. Por el contrario, señala la Corte, en el proceso penal no hay un culpable ni un inocente, sino sólo un imputado (FJ 1°). Con esta doctrina, la Corte adopta la posición de quienes consideran que la Constitución italiana se limita a prohibir la asimilación del imputado al culpable, pero sin otorgarle la consideración de inocente. De esta manera, el *status* de imputado aparece claramente diferenciado de los de inocente y culpable”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op.cit.* p. 194.

⁴⁹ *Ibid.* p. 195.

1.3. *Satius est impunitum relinque facinus nocentes quam innocentem damnari*⁵⁰

La doctrina mayoritariamente está de acuerdo en que el instituto de la presunción de inocencia tiene su origen histórico más mediato en el Derecho romano, especialmente por la influencia del Cristianismo. Es en el Corpus Iuris Civilis de Ulpiano donde la escuela clásica italiana fija “el precedente romano del ‘favor rei’ y del principio ‘in dubio pro reo’”⁵¹. También algunos pasajes de Las Partidas hacen referencia a la presunción de inocencia (Ley 12, Título 13, Partida III; Ley 26, Título 1, Partida VII y Leyes 7 y 9, Título 31, Partida VII⁵²). Llama la atención que la intención por establecer con precisión su procedencia ha llevado a algunos autores a colegir que las raíces de este principio se hunden en Mesopotamia⁵³, aunque las prácticas inquisitivas de la Edad Media impidieron que pudiera anclarse como un postulado cardinal del proceso penal⁵⁴.

También se la puede encontrar en el Derecho anglosajón, tanto en la Constitución no positivizada de los ingleses a través del estándar de prueba “*beyond a reasonable doubt*”; como en la enmienda V de la Constitución de Estados Unidos de 1791, específicamente a través de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo estadounidense, que consagrando el “due process of law”, ha permitido reconocer al principio de presunción de inocencia como uno más de sus componentes esenciales.

Así lo ha señalado Jordi Nieva: “Sin embargo, existe un dato que ha quedado muy solapado hasta el momento, prácticamente escondido, al menos en la doctrina continental. Donde probablemente tuvo un mayor predicamento la idea del Digesto fue en la doctrina inglesa, dado que sus autores dieron

⁵⁰ “Nadie deber ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”

⁵¹ MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op.cit.* p. 29. V.t. BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. 2001. La presunción de inocencia. Parlamento y Constitución, anuario (Nº 5): p. 180; POZO SILVA, N. 2006. *op.cit.* p. 18; COLOMBO CAMPBELL, J. 2005. *op.cit.* p. 23; JARA MÜLLER, J. 1999. *op.cit.* p. 2

⁵² MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op.cit.* p. 29. En el mismo sentido, Enrique Belda: “La presunción de inocencia aparece en el derecho penal según algunos autores, con el Derecho Romano, en base a la información que proporciona el Digesto, y también en alguna ley de las Partidas”. BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. 2011. *op.cit.* p. 180. A modo de complemento, véase también Jordi Nieva: “Como vimos anteriormente, se manifestó incluso en el Derecho islámico, pero quizás uno de los ejemplos más evidentes de esa influencia se encuentra en las Partidas del Derecho castellano, también en el título rotulado “De las pena”, donde hallamos la máxima con la siguiente formulación, totalmente coincidente con la del Digesto: ‘*E aun dezimos que los iudgadores toda via deven estar mas inclinados y apreitados para quitar los onbres de pena que para condepnarlos en los pleitos que clara mente no pueden ser provados o que fueron dubdosos. Ca mas santa cosa es y mas derecho de quitar al onbre pena que mersciesse por yerro que obiesse fecho que darla al que la non mersciesse nin oviesse alguna cosa por que*’”. NIEVA FENOLL, J. 2013. La duda en el proceso penal. Madrid, España. Editorial Marcial Pons., p. 65.

⁵³ “La más antigua y, lógicamente, la más arcaica, parece surgir en las leyes de Hammurabi, concretamente en la Ley 1, que dice lo siguiente: ‘Si una persona acusa a otra de haber cometido homicidio pero no consigue probarlo, el acusador será condenado a muerte’”. NIEVA FENOLL, J. 2013. *op.cit.* p. 64. El autor incluso descubre algunos resabios históricos en la cultura islámica. *Ibid.* p. 36.

⁵⁴ (...) el principio de presunción de inocencia hasta prueba en contrario fue oscurecido, cuando no simplemente invertido, por las prácticas inquisitivas desarrolladas en la Baja Edad Media. Baste recordar que en el proceso penal medieval la insuficiencia de prueba, cuando dejaba subsistente una sospecha o una duda de culpabilidad, equivalía a una semi-prueba, que comportaba un juicio de semi-culpabilidad y la semi-condena a una pena leve”. FERRAJOLI, L. 1995. *op.cit.* p. 550.

popularidad a la frase que, con diferentes versiones, se ha hecho mundialmente más conocida. Dijo W. BLACKSTONE en 1769: *'For the law holds, that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer'*. Esa frase, directamente inspirada en el autor citado aunque no sea original de él, ha sido copiada en diferentes formatos e idiomas cientos de veces. Y lo anterior tiene una especial importancia, dado que en esa misma época se creó, también en el mundo anglosajón, una frase que simplemente intentaba orientar a los jurados, pero que encierra exactamente el mismo principio que estamos tratando: *beyond any reasonable doubt*, es decir, 'más allá de toda duda razonable'⁵⁵.

Ahora bien, no obstante lo dicho precedentemente, la mayoría de los juristas coinciden en que es recién en 1789 donde se consagra explícitamente, por primera vez, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁵⁶, específicamente en su artículo 9: *"Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley"*⁵⁷. Lo anterior pone de manifiesto de qué modo las ideas de la Ilustración triunfaron e hicieron que se asentara la revolución liberal frente a los abusos de la tiranía estatal y del sistema político, social y jurídico imperante de la época⁵⁸. Autores como el Marqués de Beccaria⁵⁹, Hobbes⁶⁰,

⁵⁵ NIEVA FENOLL, J. 2013. *op.cit.* pp. 65-66. Continúa Nieva: "Existe una continuidad histórica perfectamente demostrada por STUMER entre la presunción de inocencia y el *beyond any reasonable doubt*, menos acudiendo a las directrices que los jueces ingleses daban a los jurados. De hecho, WHITMAN sitúa el origen de la máxima concretamente en el *Old Bailey* de Londres de finales del siglo XVIII, hacia 1780, es decir, justo después de la publicación de la obra de BLACKSTONE. Sin embargo, como decía, la idea no es original de este último jurista, sino que dicho autor hace en realidad de notario de una tradición bastante antigua. WHITMAN identifica un proceso que tuvo lugar en 1770, pero en el territorio de los actuales Estados Unidos de América, y en el que se dijeron frases dirigidas a los jurados que son muy reveladoras: *'Where you are doubtful, never act'*, y en especial *'for it is better, five guilty persons should escape unpunished, than one innocent person should die'*. Pero como reconoció el propio alegante en ese proceso, la cita estaba sacada de la conocida obra del jurista inglés M. HALE, que es bastante anterior a la de BLACKSTONE, y es a ese primer autor a quien probablemente debemos el archiconocido aserto, que contiene la idea de la presunción de inocencia". *Ibid.* pp.66-67.

⁵⁶ Parte de la doctrina que han investigado el origen histórico del principio no están de acuerdo con eso. Así lo expresa Jara Müller: "Algunos pensamos que el primer referente meridiano claro se encuentra en el art. 39 de la Carta Magna del Rey Juan, de 15 de junio de 1215, que señala: *'Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino'*. JARA MÜLLER, J. 1999. *op.cit.* p. 23.

⁵⁷ Declaración adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789. *"Tout homme étant innocent, s' il est jugé indispensable de l'arreter, toute rigueur que ni serait pas necessaire pour s'assurer de sa persone doit être severemen reprimée parla loi"*.

⁵⁸ "Desde el punto de vista histórico, esta escuela surge como reacción contra los sistemas procesales vigentes en el siglo XVIII, y desde el punto de vista político nace para afirmar los derechos del hombre contra los abusos de la tiranía estatal". FONTECILLA, R. 1978. *op.cit.* p. 440. V.t. POZO SILVA, N. 2006. *op.cit.* pp. 17-18.

⁵⁹ "Un hombre no puede ser llamado *reo* antes de la sentencia del juez; ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto; si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados". BECCARIA, C. 2000. De los delitos y de las penas. (Facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774). México. Editorial Fondo de Cultura Económica., p. 246.

Rousseau⁶¹, Montesquieu⁶², Bentham⁶³, Laplace⁶⁴, entre otros, presidieron las ideas fundamentales que reformarían el sistema inquisitivo. Nuestros juristas nacionales también valoraron el aporte de estos pensadores modernos. Así, por ejemplo, el jurista Juan Bustos Ramírez, en sus palabras reconoció en autores como Montesquieu, Voltaire y Rousseau, a “(...) intelectuales que crearon el ideario reformista de todo un sistema político-social que avasallaba la persona y los derechos del individuo”⁶⁵.

Cabe destacar el aporte que gran parte de la doctrina resalta en el notable jurista procesal Francesco Carrara, exponente de la escuela clásica, quien se anticipa incluso a las ideas de algunos extraordinarios teóricos ya citados. Así, por ejemplo, el constitucionalista Humberto Nogueira declara: “Sin embargo será Francesco Carrara, como señala Ferrajoli, el que elevó el principio de inocencia a postulado esencial de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las demás garantías del proceso. (...) De la presunción de inocencia Carrara hace derivar la carga acusatoria de la prueba, la oportuna intimación de los cargos, la moderación en la custodia preventiva, la crítica imparcial en la apreciación de los indicios”⁶⁶.

En este mismo sentido, el profesor Juan Colombo Campbell expone: “Francisco Carrara anticipándose a la declaración gala en su obra *“Dei delitti e delle pene”*, publicada en 1764, eleva el principio de inocencia a un postulado fundamental de la ciencia procesal, e invoca a los especialistas a considerarlo como un presupuesto de las demás garantías del proceso penal”⁶⁷.

Por último, Juan Jara Müller cita en su texto la obra del intelectual Alfredo Vélez Mariconde, quien hace una referencia explícita al influjo de Carrara y su visión de lo que él llamara, el estado de inocencia: “*“El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, y así la negación de la culpa... Aquí dice ella: Protejo a este hombre porque es inocente,*

⁶⁰ “Solo al comienzo de la Edad Moderna aquel principio se vio reafirmado con decisión: “no entiendo”, escribe Hobbes, “cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin un sentencia previa”. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 550.

⁶¹ “El proceso y el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que haya violado el contrato social, y, por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado”. ROSSEAU, J. J. 1969. *El contrato social*. Madrid, España. Edaf Ediciones., p. 64. V.t. POZO SILVA, N. 2006. *op.cit.* p. 15.

⁶² “La libertad política consiste en la seguridad, o al menos en creer que se tiene la seguridad. Esta seguridad no esta nunca más comprometida que en las acusaciones públicas o privadas. Por consecuencia, de la bondad de las leyes criminales depende principalmente la libertad del ciudadano”. JARA MÜLLER, J. 1999. *op.cit.* p. 43.

⁶³ “Si te atrevieras a oír a este acusado, no le cerrarías la boca, y si le haces callar, es porque le temes”. *Ibíd.*, p. 43.

⁶⁴ “Por su parte, el matemático Laplace planteó en la época de la Ilustración que: ‘Indudablemente, para condenar a un acusado, los jueces necesitan las pruebas más seguras de su delito. Pero una prueba moral siempre es sólo una probabilidad, y la experiencia ha mostrado demasiado los errores de que son susceptibles los juicios criminales, aun aquellos que parecen los más justos’. COLOMA CORREA, R. 2009. *op.cit.* p. 216.

⁶⁵ JARA MÜLLER, J. 1999. *op.cit.* p. 42.

⁶⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. *op.cit.* p. 224.

⁶⁷ COLOMBO CAMPBELL, J. 2005. *op.cit.* p. 24.

así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad... con los modos y las forma que yo proscribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón”⁶⁸.

Finalmente, es en la segunda mitad del siglo XX que en Europa y en general en todos los países de América Latina, se produce el fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales como consecuencia de la conquista progresiva del Estado democrático y constitucional de Derecho, en el cual se consagra esta regla sin mayor discusión, tal como veremos en los apartados siguientes.

1.4. Reconocimiento jurídico de la presunción de inocencia en el Derecho interno y comparado

Hemos afirmado el axioma de que la averiguación de la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio⁶⁹, toda vez que la consecución de los fines en los que se inspira el proceso penal no pueden si no obtenerse a través de un modelo jurídico constitucional que posibilite su realización. Ya lo expresaba el insigne penalista chileno don Enrique Cury: “Al derecho penal se le confía la defensa de valores que constituyen el fundamento de la convivencia (...). Por lo tanto es lógico que los límites de su actividad estén establecidos en la instancia legislativa más alta, a fin de garantizar al súbdito contra arbitrariedades. (...) En un Estado Democrático de Derecho, la Constitución determina la actividad

⁶⁸ JARA MÜLLER, J. 1999. *op.cit.* p. 45.

⁶⁹ “Si, por tanto, la verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo la dignidad humana y los derechos fundamentales del inculpado, se reitera con ello claramente la estrecha unión del Derecho Procesal Penal con el Derecho constitucional”. ROXIN, C., ARZT, G., y TIEDEMANN, K. 1989. Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A., p. 140. V.t. LEDESMA, A. E. 2009. *op.cit.* p. 262. GASCÓN, M. cit. por GARCÍA AMADO, J. 2014. Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en derecho. En: GARCÍA AMADO, J. y BONORINO, P. (coordinadores). Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción. Granada, España. Editorial Comares. p. 78; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VIAL, I. 2011. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Revista Ius et Praxis*. Año 17 (Nº 2): p. 87. En este mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia de la Corte Suprema: “OCTAVO: (...) Lo anterior es así porque “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”. (Vives Antón: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho procesal penal”, Thompson Aranzadi, 2004, página 947)”. SCS: Rol N° 8.152-2016. [04 de abril de 2016]. Este mismo considerando ha sido utilizando en las sentencias SCS: Rol N°17.552-2016. [25 de abril de 2016]; SCS: Rol N° 17.098-2016. [09 de mayo de 2016]; SCS: Rol N° 19.990-2016. [16 de mayo de 2016]. También la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción ha pronunciado la siguiente sentencia: “SEXTO: (...) Así las cosas, nos encontramos en un supuesto de actuación policial sin cobertura legal que infringe, por ende, el debido proceso penal y genera actuaciones irregulares que no deben producir efectos en los casos penales, pues el sistema de enjuiciamiento criminal en vigencia no tolera la búsqueda de la verdad a cualquier costo, sino únicamente a través de actuaciones legítimas”. SCA de Concepción: Rol N°56-2016. [09 de febrero de 2016]. Este fallo del tribunal de alzada fue posteriormente confirmado por la Corte Suprema en SCS: Rol N°18.443-2016. [22 de marzo de 2016].

concreta de todos los Poderes del Estado y, ciertamente, también la del Judicial. De esta manera, las garantías constitucionales se integran directamente a la normativa penal (...)”⁷⁰.

Recordemos que al comienzo de esta investigación adoptamos la postura de que decidirse por un tipo de modelo procesal es, en último término, el resultado de una compleja deliberación política entre, por un lado, mejorar los instrumentos de defensa social que repriman adecuadamente las conductas delictivas, y, por el otro, aumentar el régimen de derechos y garantías que asistan al imputado⁷¹. El valor de la verdad, enseña Claus Roxin, tampoco queda ajena a estas consideraciones, más aún si se quiere perseguir criminalmente al *verdadero* culpable que cometió el delito⁷². Solo un Estado de Derecho que sea capaz de diseñar un sistema procesal penal que pueda conciliar ambos intereses contrapuestos, acentuando -fruto de la elección política- el énfasis en las libertades de los ciudadanos, puede ser calificado de debido y de justo. Es a esto a lo que aspira el *modelo constitucional de proceso* que postulamos en esta memoria⁷³.

En efecto, si la imposición de la pena es la forma jurídica más intensa en que el Estado puede intervenir en el ámbito de libertad de los ciudadanos, la prisión preventiva es la forma más gravosa que a nivel cautelar puede imponerse respecto del imputado que se ve sometido a un proceso penal. En este sentido, la vinculación que tiene la prisión preventiva con la presunción de inocencia es trascendental, toda vez que los límites en los cuales se erigen las barreras a la arbitrariedad estatal es por cierto, una cuestión sobre los límites que impone la Constitución Política que adoptemos. Es respecto de lo anterior, que en este subcapítulo queremos abordar la problemática de la presunción de inocencia a nivel constitucional, para más adelante dedicarnos a examinar las consecuencias jurídicas que impactan en la normativa legal vigente y en el tratamiento jurisprudencial que ha tenido la regla en relación a la medida cautelar más intensa del sistema procesal penal chileno.

⁷⁰ CURY, E. 1988. Derecho Penal. Parte general. 7º edición. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile., pp.97-98. Agrega Cury: “La importancia política y jurídica de este desarrollo (...) se transforman en un instrumento puesto al servicio *inmediato y concreto* de los ciudadanos para la defensa de sus derechos personales”. *Ibid.* p. 98.

⁷¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op.cit.* p 188. Por su parte, Giovanni Cisternas se refiere a esta elección política: “(...) la respuesta que se dé a la interrogante sobre los fines perseguidos por la pena, la llamada por MIR PUIG ‘decisión político-criminal básica’, está necesariamente condicionada por la configuración política del Estado, los fines que se le atribuyen, y en definitiva, por la imagen del hombre que inspira al constituyente”. CISTERNAS VELIS, G. V. 2011. *op. cit.* pp.20-21.

⁷² ROXIN, C. 2000. La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. m p. 121. Adicionalmente, en su obra “*Derecho procesal penal*” el jurista alemán explica: “Dado que, por ello, en el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad: ¡El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado!”. ROXIN, C. 2000. Derecho procesal penal. *op. cit.* p. 10.

⁷³ El *modelo constitucional de proceso* es una expresión acuñada por Alex Carocca. CAROCCA PÉREZ, A. 2000. Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal. En: CAROCCA, P., DUCE, M., RIEGO, C., BAYTELMAN, A., y VARGAS, J. E. Nuevo proceso penal. Incluye texto completo del Nuevo Código Procesal Penal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. *op. cit.* p 45.

Desde luego, la decisión de iniciar con el análisis jurídico constitucional está motivada por la premisa que indica que si una institución procesal pretende ser coherente con los criterios de legitimación del poder sancionatorio del Estado, debe ajustarse a los mandatos constitucionales sobre los cuales el proceso se instituye. En efecto, el contenido de un concepto jurídico depende de las normas jurídicas que regulan su contenido. La presunción de inocencia, en tanto *principio informador del proceso penal y derecho fundamental*, no puede sustraerse a estas consideraciones.

1.4.1. Enfoque constitucional chileno

El artículo 19 n°3 de la Constitución Política, en su inciso 7°, establece lo siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Este inciso se marca en una amplia discusión al interior de la Comisión encargada de redactar un anteproyecto de nueva Constitución Política⁷⁴, sobre la conformación y estructura de este numeral que consagra como derecho fundamental “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Fue sobre la base de una propuesta del comisionado Alejandro Silva Bascuñán (“presentada y debatida en la sesión 100 de la Comisión Ortúzar, de la exposición hecha en la sesión 101 por el profesor José Bernales Pereira y del nuevo texto preparado por Enrique Evans e incorporado en la sesión 103”⁷⁵), que se discutió este inciso.

⁷⁴ La “Comisión Ortúzar”, atendida el nombre de su presidente, se conformó el 24 de septiembre de 1973 y estuvo integrada por las siguientes personas: Enrique Ortúzar Escobar, Sergio Diez Urzúa, Jaime Guzmán Errázuriz, Jorge Ovalle Quiroz, Enrique Evans de la Cuadra, Gustavo Lorca Rojas, Alejandro Silva Bascuñán y Alicia Romo Román. El objeto de dicha comisión fue reunirse “para que estudie, elabore y proponga un anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado y sus leyes complementarias”. SILVA BASCUÑÁN, A. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis. 2° edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo III., p. 184. Con posterioridad a su constitución, y luego de la renuncia de los comisionados Evans y Silva, el 9 de junio de 1977 se integraron a ésta Luz Bulnes Aldunate, Raúl Bertelsen Repetto y Juan de Dios Carmona Peralta. Cabe recordar que a las sesiones de trabajo que duraron cerca de 5 años, también participaron profesores universitarios, altos funcionarios del Estado, profesionales técnicos, entre otros. Continúa explicando Silva Bascuñán: “Mediante oficio N° 792, de 18 de octubre de 1978, la Comisión envió al Presidente de la República el texto completo del articulado del anteproyecto de nueva Constitución, que se dio a conocer a la prensa al día siguiente. Evacuado el informe (...) el general Pinochet, con fecha 31 de octubre de 1978, solicitó el Consejo de Estado, presidido por el ex Presidente de la República Jorge Alessandri, su parecer sobre el anteproyecto emanado de ella”. *Ibid.* p. 191. Finalmente, tras la aprobación de la nueva Carta Fundamental por la Junta de Gobierno y los resultados del plebiscito ciudadano de 1980, el decreto promulgatorio que aprobaba la nueva Constitución Política se publicó en el Diario Oficial el 24 de octubre del mismo año y entró a regir desde el 11 de marzo de 1981.

⁷⁵ SILVA BASCUÑÁN, A. 2006. Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales. 2° edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo XI, p. 136.

En Chile, a diferencia de otros países⁷⁶, existió una discusión jurídico-política, a decir verdad, insuficiente y desprovista de un examen exhaustivo de la norma en comento -como sí aconteció con otros derechos y deberes constitucionales-, acerca de incluir o no el derecho a la presunción de inocencia a nivel constitucional. Corolario de este deficiente debate, es que la doctrina no ha puesto especial énfasis sobre el asunto en cuestión y el impacto que producen las consecuencias relativas en la normativa legal vigente.

Entre los pocos autores que han realizado investigaciones extensas y detalladas sobre la materia encontramos al académico Miguel Ángel Fernández López. Este destacado constitucionalista nos relata la historia fidedigna de su establecimiento, como sigue:

“En el Anteproyecto de Nueva Constitución se estipulaba que:

‘Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley. Esta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal’. Explicando tal preceptiva, la Comisión de Estudio señaló que: “La presunción de inocencia no sólo está inspirada en un principio de justicia, sino en el propósito de defender la honra de las personas, ya que en nuestro país existe el concepto errado y generalizado de que toda persona sujeta a proceso es realmente un delincuente”.

Sin embargo, el Consejo de Estado, en su Proyecto de Nueva Constitución eliminó el inciso propuesto por la Comisión de Estudio, en atención al siguiente debate:

“Con respecto al inciso sexto de este número, don Julio Philippi señala que la norma contenida en él puede producir efectos no deseados en una serie de materias, ya que existen delitos como la usura en los que es innecesario probar la culpabilidad, pues ella se produce por el mero hecho de cobrarse un interés superior al legal, o sea, de manera matemática; por otra parte, hay infracciones meramente mecánicas en los sistemas aduanero y tributario, en las que tampoco se precisa demostrar la culpabilidad.

El señor Ortúzar aclara que la finalidad del precepto es la de que el legislador no pueda presumir de derecho la responsabilidad penal, en forma que las personas siempre puedan probar que no han tenido intención de ejecutar un hecho aparentemente delictuoso. La Comisión tuvo muy

⁷⁶ Por ejemplo, en el caso español no hubo mayor debate al respecto. En efecto, en las Constituciones previas a la Constitución española de 1978 (la que por primera vez dedico una mención explícita a la presunción de inocencia en el artículo 24.2), no es posible encontrar referencias claras a la presunción de inocencia ni siquiera a nivel de leyes de carácter procesal. Miguel Ángel Montañez describe al respecto: “(...) llama la atención, por ello, como ha puesto de manifiesto VÁSQUEZ SOTELO, que un precepto tan fundamental fuese introducido en la Constitución sin apenas debate, como pone de manifiesto la mera lectura de los debates parlamentarios”. MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op.cit.* pp. 34-35.

particularmente en cuenta –añade- el hecho de que, mientras no se pruebe judicialmente que alguien es culpable de un delito, debe presumirse su inocencia.

El señor Philippi insiste en sus observaciones, sosteniendo que en la actualidad hay muchos sistemas penales que resultaría alterados con la disposición en estudio, especialmente en materia de aduanas. No le parece adecuado consagrar en la Constitución un principio de derecho tan fundamental, cuando los tribunales disponen de diversos mecanismos para impedir la comisión de injusticias.

Puesto en votación el inciso, se lo rechaza, con los votos en contra de los Consejeros señores Ortúzar y Carmona”

Con todo, la Junta de Gobierno restituyó el precepto aprobado por la Comisión de Estudio, aunque sólo en su segunda frase y no respecto de la presunción de inocencia, pues así se admitía la constitucionalidad de las presunciones simplemente legales de responsabilidad penal, las cuales habrían sido también contrarias a la Carta Fundamental de haberse consagrado el derecho general la presunción de inocencia”⁷⁷.

En consecuencia, la redacción del precepto constitucional precitado no consagró explícitamente la presunción de inocencia y solo estuvo acotada a proscribir presunciones de derecho de responsabilidad penal.

Comparte esta opinión uno de los miembros integrantes originario de la Comisión, el tratadista Alejandro Silva Bascuñán, quien rememora la importancia que para este sector de la Comisión tenía consagrar un precepto en favor de las personas privadas del derecho a la libertad personal -pero respecto de las cuales aún no recaía en su contra una sentencia firme de culpabilidad- que les brindara un tratamiento conforme a la dignidad inherente que tiene toda persona humana⁷⁸. El eximio tratadista comenta: “Luego que el señor Ovalle se opusiera a la proposición formulada por el señor Guzmán por estimarla innecesaria, y de que el señor Evans expresara sus aprensiones, debido a que algunas normas del ordenamiento jurídico contienen presunciones de culpabilidad, sobre todo en materia de faltas o infracciones del tránsito, expresamos ‘que estas últimas intervenciones lo han convencido del mayor

⁷⁷ *Ibíd.* pp. 116-118.

⁷⁸ SILVA BASCUÑÁN, A. 2006. *op. cit.* p. 157. Continúa el autor: “Frente a lo propuesto, el señor Ortúzar consideró, en la sesión 123, que debería debatirse primero lo relativo a la presunción de culpabilidad. El señor Guzmán, pronunciándose sobre el punto, sostuvo que ‘no establecería explícitamente la presunción de inocencia en los términos que se han propuesto, sino que lo haría por vía indirecta, diciendo que la culpabilidad debe siempre probarse y, por lo tanto, que no podrá nunca presumirse. En todo caso, le parece que si esa norma no se consagra, es evidente que una recta interpretación del texto aprobado debiera entender que este concepto está cubierto por otro inciso anterior, que señala que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un “racional y justo procedimiento”’. *Ibíd.* p. 157.

fundamento que tiene la posición que estaba sustentando anteriormente al apoyar la redacción según la cual ‘nadie puede ser considerado culpable antes de que se establezca su culpabilidad’, porque le parece que las presunciones de culpabilidad que se han recordado son nada más que inherentes al peso de la prueba, pero no a la consideración social de la persona y al respeto de ella”⁷⁹.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión Ortúzar aprobó el siguiente precepto: “Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad de conformidad a la ley. Esta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”⁸⁰. No obstante esta redacción preliminar, el Consejo de Estado eliminó cualquier atisbo referido a la regla de inocencia por no parecerle adecuado consagrarlo explícitamente en la Norma Fundamental⁸¹. Se agrega a este argumento las opiniones de algunos miembros de la orgánica constitucional que consideraban contradictorio positivizar el precepto frente a algunas actuaciones procesales que se producen en el transcurso del procedimiento criminal como la detención o el derogado auto de procesamiento, que justamente se fundaban en la presunción contraria⁸².

Como podemos apreciar de las opiniones transcritas, nunca hubo en el seno de la Comisión Ortúzar, ni muchos menos después en el Consejo de Estado, una intención generalizada y decidida de positivizar constitucionalmente y de manera expresa a la presunción de inocencia, sea como derecho fundamental, como garantía constitucional de orden procesal o como principio informador del proceso penal. En efecto, si el deseo del poder constituyente originario hubiese sido reconocer a la presunción de inocencia con claridad, habría quedado de manifiesto en alguna de sus posibles construcciones jurídicas, cuestión que no sucedió⁸³.

Ahora bien, existe un relativo consenso en la doctrina constitucional al sostener que si bien la Constitución Política vigente no consagra el derecho expresamente, se puede inferir indirectamente del inciso 7° del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. En línea con esto, podemos encontrar a los autores Mario Verdugo Marinkovic⁸⁴, Humberto Nogueira⁸⁵, Giovanni Cisternas⁸⁶, entre otros. Desde

⁷⁹ *Ibid.* pp. 157-158.

⁸⁰ *Ibid.* p. 158.

⁸¹ “(...) como sostuvo el señor Philippi, ‘en la actualidad hay muchos sistemas penales que resultarían alterados con la disposición en estudio... No le parece adecuado consagrar en la Constitución un principio de derecho tan fundamental, cuando los tribunales disponen de diversos mecanismos para impedir la comisión de injusticias’”. (sesión 58, págs.. 355 y 356)”. *Ibid.* p. 158.

⁸² SILVA BASCUÑAN, A. 2008. Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales. 2° edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo XII, p. 53.

⁸³ PFEFFER URQUIAGA, E. 2002a. Eficacia de las normas constitucionales frente a la Reforma Procesal Penal. Revista de Derecho Público. Vol. 64: p. 51. Para una tesis *incompatibilista*, malamente se podría haber establecido en términos absolutos a la presunción de inocencia. De haberlo hecho, en caso alguno podrían decretarse medidas cautelares en contra del imputado. Volvemos sobre esto en el capítulo II.

⁸⁴ “La Constitución Política no lo consagra explícitamente (presunción de inocencia), pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad

luego, una mención aparte requiere la discusión jurídica en cuanto a la admisibilidad de establecer presunciones simplemente legales que puedan (o no) vulnerar la presunción de inocencia, así como el sentido y alcance de su contenido normativo específico⁸⁷.

Otra porción importante de la dogmática y la jurisprudencia constitucional⁸⁸ ha llegado a la deducción -en lo que para algunos sería un “gran esfuerzo interpretativo”⁸⁹, por no decir forzado- a través de la interpretación de una serie de normas constitucionales, principalmente el artículo 19 n° 3 inciso 6° (como un componente más del *debido proceso*⁹⁰) y el artículo 5 inciso 2° de la Constitución, de la existencia de este derecho fundamental a pesar de que no haya respecto de éste una remisión explícita. Entre ellos, Alejandro Silva Bascuñán⁹¹, José Luis Cea Egaña⁹², Humberto Nogueira⁹³, Giovanni Cisternas⁹⁴, entre otros. Sobre este punto nos referiremos ampliamente en el apartado 1.5.4.

individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas”. VERDUGO MARINKOVIC, M. 2011. Síntesis jurisprudencial del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Revista de Derecho Público Vol. 74: p. 209.

⁸⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. *op.cit.* p. 5. De todos modos, el autor aboga mas por la tesis de que la presunción de inocencia se desprende del inciso 2° del artículo 5 de la Constitución Política.

⁸⁶ CISTERNAS VELIS, G. V. 2011. *op. cit.* p. 53.

⁸⁷ “En efecto, quizás lo más interesante de estos pronunciamientos [el autor se está refiriendo a fallos del Tribunal Constitucional], tanto respecto del artículo 4° de la Ley 20.000 como del inciso segundo del artículo 1° del Código Penal, es que en ellos el Tribunal afirma que las normas que establecen presunciones simplemente legales, además de no ser contrarias a la Carta Fundamental –que sólo proscribire las presunciones de derecho en esta materia– no resultan lesivas, en su aplicación, de la presunción de inocencia por existir un sistema procesal configurado legalmente que no permite que se condene a persona alguna sólo con mérito de una presunción legal”. *Ibid.*, p. 57. El paréntesis en corchetes es nuestro.

⁸⁸ En general, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional ha llegado a la conclusión de que la presunción de inocencia no se encuentra consagrada expresamente, pero que puede derivarse del inciso 6° del artículo 19 n° 3 de la Constitución (hoy, 7°, debido a la reforma constitucional de la ley N° 20.516 del año 2011) en relación a los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado Chile y que se encuentran vigentes. Así lo explica Cisternas. *Ibid.*, pp.54-55.

⁸⁹ PFEFFER URQUIAGA, E. 2002a. *op.cit.* p. 51.

⁹⁰ “Evaluando la importancia del precepto, anota don Enrique Evans de la Cuadra (integrante de la Comisión Ortúzar), ‘El N° 3° artículo 19 de la Constitución de 1980 puede ser considerado como la expresión de un nuevo derecho en la Constitución, ya que, aunque contiene los preceptos de los artículos 11 y 12 de la Carta de 1925, abarca además, un conjunto de bienes jurídicos destinados asegurar la protección igual para todos en el ejercicio de los derechos ante toda autoridad, la seguridad de la intervención del abogado defensor, las garantías del justo proceso, la presunción de inocencia y una relativa prohibición de la dictación de leyes en blanco’ (“Los Derechos Constitucionales”, Editorial Jurídica de Chile, 1986, tomo II, p .25)”. VERDUGO MARINKOVIC, M. 2011. *op.cit.* p. 197.

⁹¹ Estima que el derecho a la presunción de inocencia es parte del debido proceso. CISTERNAS VELIS, G. V. 2011. *op. cit.* p. 53.

⁹² Estima que rige para nosotros en virtud del artículo 5°, inciso segundo de la Constitución. *Ibid.*, p. 53.

⁹³ “Este principio forma parte del *derecho al debido proceso*, tal como lo establece el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, determinando que una persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, derecho que forma parte del bloque constitucional de derechos en virtud del mandato del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, (...)”. NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. *op.cit.* p. 225.

⁹⁴ Cabe destacar el análisis crítico que este autor realiza de la disposición constitucional citada: “Esto ha permitido la pervivencia en el ordenamiento penal de presunciones simplemente legales, que, consideradas por sí mismas, evidentemente vulneran la presunción de inocencia, pues liberan al acusador de probar alguno de los elementos del delito. Así, por ejemplo a veces la ley presume la concurrencia de alguna disposición subjetiva por el mero hecho de realizar conductas sobre ciertos objetos, como el ánimo de traficar por la posesión de pequeñas cantidades de droga (artículo 4° de la Ley 20.000), o la autoría de aquel en cuyo poder se encuentre la cosa hurtada o robada (artículo 454 del Código Penal); o la responsabilidad del comerciante en cuya casa o establecimiento se origina el incendio, salo que probare que éste no le beneficiaba (artículo 483

Por otro lado, autores que cultivan la disciplina de estudio del Derecho procesal también comparten la premisa descrita anteriormente. Así, por ejemplo, el profesor Cristián Maturana Miquel, en el marco de diversos encuentros académicos celebrados durante el año 2001 que trataron la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, afirma:

“El principio de inocencia no está consagrado expresamente en nuestra Constitución, pudiendo emanar de interpretaciones de distintas disposiciones de la Carta Fundamental, pero expresamente no está consagrado. Ahora a mí me parece lógico que no se encuentre consagrado expresamente, porque el principio de las garantías constitucionales establecidas en la Carta Fundamental se realizó bajo un sistema predominantemente inquisitivo, en el cual obviamente dicho principio se encuentra subvalorado. (...) Hasta el momento, yo puedo establecer la existencia del principio de inocencia, yendo al artículo 5° de la Carta Fundamental, por los tratados internacionales suscritos por Chile, pero no por la consagración directa dentro de las garantías constitucionales. Creo que es muy importante que se realice su consagración en el texto constitucional. ¿Por qué? Porque todos sabemos la disparidad de criterios y la discrepancia que existe entre las garantías constitucionales y los tratados internacionales, y en consecuencia, acá, cuando se afirma muy livianamente para resolver el tema de que vamos a privilegiar los tratados internacionales de derechos humanos sobre las Garantías Constitucionales, ese es un tema que no es para nada pacífico dentro de la doctrina”⁹⁵.

María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle también adhieren a la postura que el principio de inocencia no aparece como tal consagrado en la Constitución Política, sin perjuicio de que igualmente dicha regla posee rango constitucional por el hecho de estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes⁹⁶. En este mismo sentido se encuentran Cristián Maturana y Raúl Montero⁹⁷, Raúl Tavolari⁹⁸, Sabas Chahuán⁹⁹, Mauricio Duce, Cristián Riego¹⁰⁰, Alex Carocca¹⁰¹, entre otros¹⁰².

del Código Penal), etc., originándose verdaderas inversiones del *onus probandi*, completamente reprochables”. CISTERNAS VELIS, G. V. 2011. *op. cit.* pp. 53-54

⁹⁵ MATURANA MIQUEL, C. 2002. Prisión preventiva y libertad provisional; Análisis desde una perspectiva procesal constitucional en relación con las realidades del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo. Revista de Derecho Público. Vol. 64: pp. 86-87.

⁹⁶ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, p. 78.

⁹⁷ “Este principio constituye, en consecuencia, uno de los pilares del sistema acusatorio, sin perjuicio de lo cual nuestra constitución no lo consagra en forma expresa y explícita. Cuestión distinta es lo que ocurre en los diversos instrumentos internacionales, en los que el derecho a la presunción de inocencia se encuentra expresamente consagrado en los diversos tratados internacionales, motivo por el cual - y como hemos reiterado en diversas ocasiones- conforme el artículo 5° de la CPR, constituye un deber del Estado su respeto y promoción”. MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Derecho procesal penal. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. Tomo I, pp. 141-142.

⁹⁸ El distinguido profesor que participó en la redacción del vigente Código Procesal Penal, no se refiere en su libro claramente al punto, pero puede inferirse su opinión en el siguiente pasaje: “La garantía en debate es, según se advertirá, la de no ser tratado como culpable hasta que una sentencia ejecutoriada no confiera dicha condición. La Constitución Política vigente (art.

Esta última tesis es la que compartimos en la presente memoria, la cual será argumentada mas adelante.

1.4.2. Enfoque legal chileno

Las consideraciones en torno a la presunción de inocencia de las cuales prescindió el inexistente proceso constituyente que dio origen a la Carta Fundamental de 1980, fue despejado por la regulación legal hacia el año 2000 con la publicación y posterior entrada en vigencia de la nueva reforma procesal penal. En efecto, acogiendo el mandato constitucional del artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, y reafirmando como un principio básico del nuevo proceso (según su ubicación sistemática dentro del Código Procesal Penal), el artículo 4° del Código Procesal Penal

5° inc. 2°) ha impuesto ‘a todos los órganos del Estado’ el insoslayable deber de ‘respetar los derechos garantizados... por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes’. Aparece así que, en los hechos que se comentan, no se ofrecen al intérprete dos alternativas de decisión jurídica contradictorias entre sí y que le impongan la necesidad de la elección. Por el contrario, en esta situación no hay sino un camino que el derecho chileno ofrece, a saber, el acatamiento a la preceptiva constitucional, que no confiere al órgano estatal y jurisdiccional una posibilidad de elección, sino le impone un imperativo jurídico de actuación -un deber con arreglo al cual deberá respetar el derecho a la presunción o principio de inocencia que al señor Cayo otorgan los tratados antes nombrados”. TAVOLARI, R. 2005. Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile., p. 324.

⁹⁹ El autor se refiere a algunas formas en que el principio fundamental (según sus palabras) de presunción de inocencia estaría recogida en nuestra legislación, poniendo énfasis en el carácter imperfecto del precepto constitucional establecido en el art. 19 n° inciso 6°: “i) art. 19 N° 3, inciso 6° de la CPR. Al respecto ya hemos sostenido antes (supra 1.1.2, letra E, i) que, no obstante la intención de los redactores de la Carta Fundamental, la recepción de la presunción resulta imperfecta y no expresa. ii) Tratados Internacionales. La presunción de inocencia se considera en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2). Ambos textos se encuentran vigentes en Chile y tiene, según lo dijéramos, rango constitucional”. CHAHUÁN, S. 2009. Manual del nuevo procedimiento penal. 6° edición actualizada y aumentada. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing., p. 33.

¹⁰⁰ “La presunción de inocencia es reconocida universalmente como un principio básico del enjuiciamiento criminal, más allá de su falta de regulación normativa expresa tanto en nuestra Constitución como en la legislación interna, hasta antes de la reforma. De hecho, es contenida en su formulación genérica en casi todo los tratados internacionales de derechos humanos”. DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. Proceso penal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile., p. 110.

¹⁰¹ Ya en el año 2000 el autor expresaba: “También se incluye el *derecho a que no se presuma de derecho la responsabilidad penal* (art. 19 N° 3, inc. 6°), sin que lamentablemente se haya llegado al reconocimiento de la presunción de inocencia. (...) Pues bien, este precepto [refiriéndose al art. 5 inciso 2° de la Carta Fundamental] de acuerdo a la interpretación que consideramos más acertada, importa la integración de las garantías fundamentales del sistema procesal recogidas en pactos internacionales sobre derechos humanos, al texto constitucional”. CAROCCA PÉREZ, A. 2000. *op.cit.* pp. 44-46. Esto queda de manifiesto 5 años más tarde en su manual de derecho procesal penal chileno, declarando lo siguiente: “La garantía de la presunción de inocencia se encuentra claramente acogida a nivel internacional en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se establece que ‘Toda persona acusada por un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley’ (art. 14.2), y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala ‘Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’ (art. 8.2)”. CAROCCA PÉREZ, A. 2005. Manual. El nuevo sistema procesal penal. 3era edición. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis., p. 95.

¹⁰² Hemos mencionado “entre otros”, toda vez que hay ciertos profesores de Derecho procesal que le asignan un valor distinto al precepto constitucional consagrado en el artículo 19 n° 3 inciso 7°. Así, por ejemplo, Jonatan Valenzuela para quien la averiguación de la verdad a la que está orientada en el proceso penal debe ser capaz de convivir con reglas contra epistémicas que obedecen a valores diversos a la averiguación de la verdad: “Ese equilibrio es la manera en que en este ámbito se proyecta la regla que prohíbe que el legislador presuma de derecho la responsabilidad penal, lo que en este orden de argumentos puede ser visto como la necesidad de someter a un escenario de razonamiento probatorio las acusaciones penales realizadas en contra de los ciudadanos”. VALENZUELA, J. 2015. *op.cit.* p. 136.

estableció en nuestro ordenamiento jurídico procesal por primera vez¹⁰³ y de manera categórica, lo siguiente:

Artículo 4°.- Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.

Esta disposición legal tiene una serie de consecuencias relacionadas con la posición jurídica del imputado que se ve enfrentado al proceso penal, al punto de ser considerada por la jurisprudencia comparada como una institución de carácter “poliédrico”. En efecto, sus dimensiones son tantas como efectos jurídicos relevantes produce dentro del procedimiento penal. Una de estas es su faceta como *regla de trato*, la que en opinión de algunos autores, sería la dimensión que se desprende del artículo 4° recién reproducido y que desarrollaremos a cabalidad en el capítulo II.

El profesor Jonatan Valenzuela asumiendo esta premisa señala: “De esta se deduce claramente que lo que marca la posibilidad de considerar culpable a una persona de una imputación penal es la sentencia. La formulación de nuestro CPP esta centralmente referida a la presunción de inocencia como regla de trato”¹⁰⁴. En el mismo sentido Julio Maier quien en sus palabras, afirma que este principio “sólo quiere significar que la persona debe ser tratada como inocente mientras no exista una sentencia penal de condena y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable”¹⁰⁵. La misma posición ha sido sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno¹⁰⁶.

Entre las consecuencias más importantes que pueden derivarse de la norma legal aludida se encuentran las siguientes¹⁰⁷:

1. El respeto a la regla de presunción de inocencia abarca todas las etapas del procedimiento (imputado detenido, formalizado, citado o sujeto a una medida cautelar menos intensa que la prisión

¹⁰³ Recalamos esto toda vez que el modelo procesal impuesto con anterioridad al Código Procesal Penal vigente estaba teñido fundamentalmente por las características de un sistema inquisitivo. Una nota distintiva de esto era el artículo 42, inciso 1° del Código de Procedimiento Penal de 1906, que modificado por la ley N° 18.857 de 1989 establecía: “A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado; pero el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso” [CHILE. Ministerio de Justicia. 1906. Código de Procedimiento Penal. 19 febrero 1906]. Desde luego, el auto de procesamiento del antiguo sistema resultaba abiertamente contradictorio con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, quedando la mayoría de las veces el procesado privado de libertad.

¹⁰⁴ VALENZUELA, J. 2011. Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia* (N° 14): p. 66.

¹⁰⁵ TAVOLARI, R. 2005. *op.cit.* pp. 324-325

¹⁰⁶ STC: Rol N°993-2007. [13 de mayo de 2008]; STC: Rol N°1518-2009. [21 de octubre de 2010].

¹⁰⁷ CHAHUÁN, S. 2009. *op.cit.* pp. 35-36; PFEFFER URQUIAGA, E. 2002a. *op.cit.* p. 52.

preventiva, preso, con salida alternativa, sobreseído temporalmente, acusado, condenado mientras la sentencia definitiva no se encuentre ejecutoriada).

2. Al imputado, por su situación procesal de interviniente, se le reconocen una serie de derechos y garantías en el artículo 93 y 94 del Código Procesal Penal, las que puede hacer valer desde la primera actuación del procedimiento que se dirige en su contra hasta el término del procedimiento.

3. Su declaración es un medio de defensa, distinto a lo que fue en el sistema inquisitivo la confesión obtenida a través de apremios ilegítimos. También se protege el derecho a guardar silencio, sin que su ejercicio implique consecuencias jurídicas negativas para el imputado.

4. La presunción de inocencia determina que las medidas cautelares que se hagan valer en contra del imputado solo pueden ser aplicadas dentro de la más estricta legalidad y sólo cuando sean absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento.

5. En su dimensión de regla de juicio, impone un umbral de suficiencia probatorio para la condena denominada “más allá de toda duda razonable”. En caso de subsistir la incertidumbre fáctica en el momento de la valoración de la prueba, se aplica el principio “in dubio pro reo”.

6. Impone en el ente persecutor la carga de la prueba (mínima y suficiente) para destruir la presunción de inocencia que beneficia al imputado. Sería -imperfectamente- una presunción *iuris tantum*.

7. Establece un plazo legal de cierre investigación limitado a un máximo de 2 años, pudiendo ser inferior si el Juez de Garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, lo considerare necesario según lo dispone el artículo 234 del Código Procesal Penal.

Más allá de lo recién descrito, lo cierto es que las dimensiones más relevantes dentro del proceso penal que la concentrada literatura especializada y la asidua jurisprudencia le han asignado a la presunción de inocencia, son las siguientes: 1. Principio informador del proceso penal de carácter liberal; 2. Regla de trato; 3. Regla de prueba y 4. Regla de juicio.

Un análisis pormenorizado de dos de estas manifestaciones (principio informador el proceso penal y regla de trato) serán desarrolladas en la presente memoria.

1.4.3. Perspectiva en el Derecho comparado. Tratados internacionales y Constituciones extranjeras

A partir de la finalización de la II Guerra Mundial, la gran mayoría de los Estados que integran el orbe mundial estuvieron de acuerdo en consagrar en diversos instrumentos internacionales la defensa, respeto, protección y promoción de los Derechos Humanos, dentro de los cuales se encuentra contenido expresamente el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Algunas de las convenciones, acuerdos y tratados internacionales sobre Derechos Humanos son las siguientes:

(i) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Art. 9: *“Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable”*¹⁰⁸.

(ii) Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Art. 11.1: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

(iii) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, acordada en Roma en 1950. Art. 6.2: “Derecho a un proceso equitativo. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

(iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966¹⁰⁹. Art. 14.2: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

(v) Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Art. 8.2: “Garantías Judiciales. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

¹⁰⁸ *“Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley”*. En opinión del autor Juan Jara Müller, la fórmula en que se redacta el enunciado “ha servido de modelo para su consagración posterior tanto en texto universales como nacionales”, además de ser relevante por establecer que la prisión preventiva debe ser excepcional. JARA MÜLLER, J. 1999. *op.cit.* p. 46.

¹⁰⁹ Pacto promulgado en Chile el 30 de noviembre de 1976 y publicada en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

(vi) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948. Artículo XXVI: "Derecho a proceso regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable"¹¹⁰.

En este mismo contexto histórico post II Guerra Mundial es que se produce en Europa y posteriormente en América Latina, el fenómeno de “*constitucionalización de los derechos fundamentales* de la persona y la tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial”¹¹¹, evento que hizo que en la mayoría de las Constituciones de Europa y de Latinoamérica se reconociera, ya sea directa o indirectamente (vía tratados internacionales sobre Derechos Humanos), las garantías de orden procesal que todo procedimiento destinado a imponer un castigo penal debía respetar, entre las que se encuentra el principio mencionado. Algunas de estas son la Constitución de Francia¹¹², España¹¹³, Italia¹¹⁴, Portugal¹¹⁵, Estados Unidos¹¹⁶, Argentina¹¹⁷, Uruguay¹¹⁸, Paraguay¹¹⁹, Perú¹²⁰, Bolivia¹²¹, Colombia¹²², Ecuador¹²³, Venezuela¹²⁴, Guatemala¹²⁵, entre otras.

¹¹⁰ “(...) esta Declaración (...) tiene el mérito de ser el primer documento americano que reconoce el estado de inocencia”. JARA MÜLLER, J. 1999. *op. cit.* p. 47.

¹¹¹ MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op. cit.* p. 31. .

¹¹² “Con la dictación de la Constitución de 1958, que renovó la adhesión del pueblo francés a los principios de 1789, las disposiciones de su preámbulo adquirieron valor de texto constitucional positivo, dando lugar al control de constitucionalidad, por lo que la doctrina no duda en afirmar que la regla del artículo 9° de la Declaración de 1789 constituye derecho positivo”. POZO SILVA, N. 2006. *op. cit.* p 23.

¹¹³ Art. 24.2: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

¹¹⁴ Art. 27.2: “El imputado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme”. Cabe recordar la importancia de esta norma en la polémica discusión sobre la “inocencia” y la “no-culpabilidad”.

¹¹⁵ Art. 32 n° 2: “Todo acusado será considerado inocente mientras no recaiga sentencia firme de condena, y será llevado a juicio tan pronto como sea posible con la garantía de su defensa”.

¹¹⁶ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”. La presunción de inocencia sería aquí un componente más del debido proceso.

¹¹⁷ Art. 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. En general los distintos Códigos Procesales de la Nación Argentina han puesto atención en garantizar la inocencia. En este sentido: CHAIA, R. 2010. La prueba en el proceso penal. Proceso acusatorio. Juicio oral. Carga probatoria. Prueba ilegal. Medios de prueba. Construcción de la verdad. Valoración-arbitrariedad. Motivación de la sentencia. Jurisprudencia vinculada. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. p. 363.

¹¹⁸ “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”. Tanto en este precepto constitucional como en el anterior no se establece expresamente el derecho a la presunción de inocencia, pero puede desprenderse indirectamente de aquellos pasajes en los cuales se señala que para condenar a una persona es requisito necesario una sentencia firme que haya sido pronunciado de acuerdo a un juicio previo legalmente tramitado.

Por último, y observando las directrices establecidas en los Pactos Internacionales ya señalados, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal impulsó la redacción de un Código Procesal Penal para América Latina, el que tuvo como postulado esencial el respeto y promoción de este derecho fundamental. Su influencia fue patente en la elaboración de un nuevo proyecto de ley que diseñara un nuevo sistema procesal penal para Chile¹²⁶.

Lo anterior pone de manifiesto el reconocimiento y la importancia capital que tiene este derecho fundamental en cada uno de los Estados de Derecho que están regidos tanto por el *civil law* como por el *common law*.

1.5. Naturaleza jurídica de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un término complejo, que incluso a ratos puede ser utilizado de manera ambigua cuando tratamos de formular su significado e implicancias. El objetivo de definirla y establecer su naturaleza jurídica excede la pretensión única de precisar lingüísticamente el concepto.

¹¹⁹ Art. 17: "En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1. Que sea presumida su inocencia".

¹²⁰ Art. 2 N° 24 letra e): "Toda persona tiene derecho: A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

¹²¹ Art. 116. I. "Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado".

¹²² Art. 29: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

¹²³ Art. 76: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada".

¹²⁴ Art. 49: "El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario".

¹²⁵ Art. 14 inciso 1°: "Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada".

¹²⁶ "En el primer texto [el autor está haciendo alusión en las propuestas para la elaboración de un Código Penal y de Procedimiento Penal-Tipo para América Latina], después de la primera reunión, realizada en Santiago de Chile, del 4 al 16 de noviembre de 1963, la Comisión Redactora acordó entre los principios generales que debería orientar la elaboración de las leyes penales en América Latina y su ulterior aplicación, el que "la persona sometida a proceso penal se presume inocente mientras no sea condenada", y también que "nadie puede ser condenado sino en virtud de un debido proceso legal previo, desarrollado ante tribunal competente y constituido de modo regular. La defensa libre es condición indispensable para el debido proceso". POZO SILVA, N. 2006. *op. cit.* p 21. A fines del siglo XX, en medio de un conjunto de foros y discusiones jurídicas destinadas a mejorar el sistema de justicia criminal chileno, se elaboró una propuesta de un nuevo Código Procesal Penal, el cual fue elaborado, según Cristián Riego, "siguiendo las direcciones del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, (...) y cuya versión final fue preparada por el profesor argentino Julio Maier. El Código Modelo está fundamentalmente basado en el sistema alemán y ha sido usado como orientación principal prácticamente en todas las reformas llevadas a cabo en América Latina en las dos últimas décadas". RIEGO RAMÍREZ, C. 2000. Chile. En: MAIER, J, AMBOS, K y WOISCHNIK, J (coordinadores). Las reformas procesales penales en América Latina. 1ª edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc. p. 179. En el mismo sentido Kai Ambos, quien desde el derecho comparado ilustra que el proyecto de reforma procesal penal chileno de 1995 tiene como eje y modelo inspirador el Proyecto Modelo Iberoamericano, la ordenanza procesal alemana y el cuerpo normativo procesal italiano. AMBOS, K. 2007. Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del Derecho alemán y comparado". Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile., p. 250.

Antes bien, establecer su naturaleza jurídica nos ayudará a identificar su contenido normativo a veces vago e indeterminado, sus límites, la legislación aplicable y las diversas consecuencias jurídicas que se producen al interior del proceso penal. Solo calificando jurídicamente la institución podremos conocer su ámbito de aplicación y su relación con la prisión preventiva.

En la presente sección analizaremos los tipos de naturaleza jurídica que se le ha asignado a este instituto desde una perspectiva constitucional y procesal. Para ello, adelantaremos que la naturaleza jurídica que se adopta en esta memoria es la de concebir a la presunción de inocencia como un *principio cardinal* que despliega sus efectos en cada una de las fases del proceso penal y como un *derecho fundamental* que se manifiesta en tanto regla de trato, regla de prueba y regla de juicio.

1.5.1. Es un principio informador del proceso penal

La mayoría de la dogmática jurídico-procesal vigente¹²⁷ enseña que la presunción de inocencia constituye un principio informador del proceso penal. La presente investigación adhiere a esta propuesta, la que se procede a explicar a continuación.

Asumir que la presunción de inocencia es un principio nos obliga antes a determinar qué es lo que entendemos por *principio*. Para ello, recurriremos a la clásica distinción conceptual que hace el jurista Robert Alexy sobre la idea de *reglas y principios*¹²⁸, la que no solo es relevante para una teoría

¹²⁷ Planteamos que para “la mayoría”, puesto que otro sector de la doctrina le asigna una naturaleza jurídica distinta que en algunos aspectos, en nuestra opinión, no es necesariamente incompatible con la noción de principio. Así, por ejemplo, Osvaldo Alfredo Gozaíni explica lo siguiente: “(...) se interpreta que el principio de inocencia tiene una triple identidad, a saber: como *derecho fundamental*, beneficia al ciudadano que no puede ser condenado sino a través de un proceso regular donde se demuestre su culpabilidad; como *garantía procesal*, implica que la persona no sea tratada como culpable durante el desarrollo del proceso penal porque debe presumirse inocente, al excluir la inversa presunción de culpabilidad criminal, y como *presunción iuris tantum*, exige que el juez sólo condene cuando se haya destruido esa presunción en base a las pruebas procesales aportadas por la acusación que consideren al individuo responsable de una infracción penal”. GOZAÍNI, O. 2006. La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil. Revista Latinoamericana de Derecho. Año 3 (N° 6): p. 158; REYES MOLINA, S. 2010. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal chileno. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Valdivia, Chile. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho., pp. 13-14. También en nuestra doctrina procesal, Fernando Orellana Torres en el tomo V de su manual de procesal penal, si bien reconoce como válida la distinción entre principios y garantías, no la suscribe, por la sencilla razón de que su tratamiento como principio es más fácil para desarrollar su contenido. ORELLANA TORRES, F. 2009. *op.cit.* p. 21.

¹²⁸ Pareciera ser que por algunos momentos, estos dos conceptos se solapan. Empero, la literatura especializada se ha encargado de estudiar detenidamente sus contenidos para hacer notar nítidamente sus diferencias. Desde los estudios de la teoría del Derecho -principalmente desarrollados por H. L. A. Hart (1993)- las reglas son normativamente obligatorias: ellas se siguen o no se siguen (su funcionalidad tiene un formato del todo o nada). Así el autor describe que “(...) la forma *típica*, incluso de una ley criminal (...) es general de dos maneras; indica un tipo general de conducta y se aplica a una clase general de personas de quienes se espera que adviertan que rige para ellas y que cumplan con lo prescrito”. HART, H. L. 1961. El concepto de derecho. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo-Perrot., p. 27. En la concepción de Ronald Dworkin (1984), autor que en los últimos años se ha transformado en uno de los líderes de la discusión jurídica sobre la noción de *principio*, la construcción jurídica de Hart es insuficiente para resolver los “casos difíciles” que engloba el razonamiento judicial. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. 1996. Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona, España.

de los derechos fundamentales, sino que también porque puede marcar una incidencia gravitante sobre los enfoques a partir de los cuales puede estudiarse el derecho procesal penal.

De acuerdo a Robert Alexy, reglas y principios tienen una propiedad común, cual es ser normas, toda vez que definen comportamientos que son deontológicos (“debidos”¹²⁹). Ahora bien, es posible sostener tres premisas absolutamente diversas sobre esta distinción, una de las cuales es correcta para el autor: “La tercera tesis señala que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino *cualitativa*. Esta tesis es correcta”¹³⁰. Adoptando esta tesis como la apropiada, el autor continúa: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...) En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”¹³¹.

Siguiendo la misma lógica anterior, Josep Aguiló Regla considera que hay presunciones que en esencia son reglas (y actúan como tal) y que hay presunciones que en esencia son principios (y actúan

Editorial Ariel S.A., p. 1. Dworkin señala que las reglas no dejan espacio de juego para la discrecionalidad más que la de establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. En cambio, los principios contienen una dimensión de peso y de significación. Para un compendio de lo anterior, véase también SALMONA MAUREIRA, F. J. 2008. Decisión judicial y colisión de derechos fundamentales. Cuadernos del Tribunal Constitucional (Nº 40): pp. 39-41. Sobre lo mismo Manuel Atienza, citando el texto de Dworkin, señala: “(...) Ni siquiera aquellos [refiriéndose el autor a los principios] que se parecen más a las reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las condiciones previstas están satisfechas (...). Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia”. ATIENZA, M. 1996. *op. cit.* p. 1. Sobre una síntesis de la crítica de Dworkin a Hart, véase también ATIENZA, M. 2005. Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. México. Edición UNAM., pp. 125-126.

¹²⁹ ALEXY, R. 2007b. Teoría de los derechos fundamentales. 2º edición. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 64-65.

¹³⁰ “Según la primera, todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y la de los principios, es vano debido a la pluralidad existente en la realidad. (...) La segunda tesis es sostenida por quien considera que las normas pueden dividirse de una manera relevante en la clase de las reglas y la de los principios, pero señala que esta distinción es sólo *de grado*. (...) La tercera tesis señala que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino *cualitativa*. Esta tesis es correcta”. *Ibid.* pp. 66-67. Desde luego, para otros autores esta tesis no sería correcta, ya que niegan la validez de la distinción entre reglas y principios: “Así, por ejemplo, G. Tarello escribe: ‘El argumento a partir de los principios generales es un esquema vacío, que sirve de vez en cuando para cubrir disparatadas operaciones’”. VIGO, R. 2000. Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma., p. 6.

¹³¹ ALEXY, R. 2007b. *op. cit.* pp. 67-68. A renglón seguido, agrega: “(...) Una norma es válida jurídicamente o no lo es. Que una regla sea válida y sea aplicable a un caso, significa que su consecuencia jurídica también es válida”. *Ibid.* p. 69. La distinción conceptual es importante no solo por el uso correcto de los términos, sino porque los conflictos entre reglas y principios (sea entre sí mismas o no) difieren en las formas de darle solución, dado que “los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios -como quiera que sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”. *Ibid.* pp. 70-71.

como tal¹³²). En su concepción, y secundado por la caracterización estructural de Von Wright, “los principios son un tipo de pauta de conducta, de normas cuyas condiciones de aplicación derivan exclusivamente de su contenido; y, en este sentido, constituyen mandatos incondicionados. A diferencia de ellos, las reglas son normas que sí cuentan con condiciones de aplicación adicionales a las que derivan de su propio contenido; por ello en su formulación adoptan típicamente una estructura condicional”¹³³.

El experto alemán complementa el poder explicativo de esta diferencia agregando el carácter *prima facie* que tiene tanto las reglas como los principios. En su teoría, dado que los principios ordenan hacer algo en la mayor medida de lo posible, no significa que supongan ser *mandatos definitivos*, sino por el contrario, solo son mandatos *prima facie*. Es decir, que un principio pueda tener aplicación para una específica situación fáctica, no necesariamente significa que su validez pueda ser extendida en forma definitiva para otros casos disímiles.¹³⁴ Contribuyendo con la distinción señalada, Ronald Dworkin nos señala que las reglas tienen validez cuando pueden ser aplicables bajo la fórmula *todo-o-nada*, los principios, en cambio, “solo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión”¹³⁵.

Ahora bien, la exposición precedente resulta estéril si no mostramos qué tipo de razones subyacen a la presunción de inocencia para que podamos predicar que esta es un principio o una regla¹³⁶. En efecto, con la caracterización delineada no decimos nada acerca de las razones (el *para qué*, según las mismas palabras de Alexy) que originan reglas y los principios. Para un desarrollo completo, citaremos otro breve pasaje de la obra del autor:

“Pueden considerarse como razones para la acción o como razones para normas (...) Raz ha defendido la opinión según la cual las normas serían razones para la acción. En cambio, aquí, las reglas y los principios serán considerados como razones para normas. Sin embargo, el abismo entre ambas

¹³² AGUILÓ REGLA, J. 1999. Nota sobre “presunciones” de Daniel Mendonca. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho (Nº 22): p. 649. Aguiló en este primer trabajo realiza un análisis crítico sobre la valiosa contribución académica en materia de presunciones que realiza Daniel Mendonca, teniendo éste como punto de partida el ensayo de Edna Ullmann-Margalit.

¹³³ *Ibíd.* p. 655.

¹³⁴ ALEXY, R. 2007b. *op. cit.* pp. 80.

¹³⁵ *Ibíd.* p. 80. “(...) Un principio es desplazado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavía no es desplazada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla. En este caso, además tienen que ser desplazados los principios que establecen que deben cumplirse las reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello y que no es posible apartarse sin fundamento de una práctica que proviene de la tradición. Estos principios deben ser llamados ‘principios formales’. Cuanto más peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto más fuerte será el carácter *prima facie* de sus reglas”. *Ibíd.* p. 81.

¹³⁶ Detrás de todo enunciado jurídico existe una razón justificatoria: “Atienza y Ruiz Manero identifican las normas como ‘razones perentorias’ para que el intérprete adopte la solución prevista en ella excluyendo toda deliberación a propósito de cualquier otra mejor solución; en cambio, los principios ‘constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) -que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido- ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional’. VIGO, R. 2000. *op.cit.* p. 12.

concepciones es menos profundo que lo que puede parecer, como quiera que si las *reglas y los principios son razones para normas, también son, de forma mediata, razones para la acción*¹³⁷.

Y es que en efecto, la presunción de inocencia en tanto regla constituye una razón para las normas (v.gr., como lo hace al distribuir la carga de la prueba en el proceso penal) y también razones para la acción (v.gr., al actuar como regla de juicio en un contexto de incertidumbre provocado por una insuficiente actividad probatoria de cargo). De este modo, sigue el autor, “también las reglas pueden ser razones para reglas y los principios pueden ser razones para juicios concretos de deber ser. (...) Cuando una regla es una razón para un juicio concreto de deber ser que hay que pronunciar, como ocurre cuando ella es válida, es aplicable y no admite ninguna excepción [como lo sería en nuestra opinión, la presunción de inocencia], entonces es una *razón definitiva*”¹³⁸. A renglón seguido, Alexy agrega: “Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser [aquí, el proceso penal en general]”¹³⁹.

De cuanto se ha expuesto, en este trabajo se sostiene que el principio de presunción de inocencia -en tanto *razón para reglas*- permite desentrañar el contenido normativo que se encuentra en la base de las reglas que irradian el sistema de enjuiciamiento criminal y que entregan las herramientas necesarias para decidir sobre el castigo o no de un acusado, o la imposición en contra del imputado de su encierro preventivo o no.

Una postura en este sentido resulta operativa, toda vez que damos solución al problema jurídico que objetan algunos teóricos del Derecho cuando entienden que los principios no son más que una directriz o normas puramente programáticas. Para superar esa objeción teórica, nosotros asumiremos la acepción de principio jurídico que entiende a la inocencia como un principio que expresa los valores superiores de un sector del ordenamiento jurídico, específicamente, del ordenamiento procesal penal¹⁴⁰. Ahora bien, asumir que el instituto es un principio -entendido tan genéricamente- deja aún pendiente la forma en que éste produce sus efectos sobre el sistema de

¹³⁷ ALEXY, R. 2007. *op. cit.* p. 82. Las cursivas son nuestras.

¹³⁸ *Ibid.* p. 83. El paréntesis en corchetes es nuestro.

¹³⁹ *Ibid.* p. 83. En el mismo sentido Atienza, el cual haciendo notar las características diferenciadores entre un principio y una regla, muestra la estrecha conexión que existe entre ellas: “(...) las reglas (por ejemplo, las reglas del tráfico que ordenan conducir por la derecha, detenerse ante un semáforo rojo, etc.) tienden a asegurar un fin valioso o algún modelo general de conducta deseable; mientras que los principios (por ejemplo, el de seguridad en el tráfico) expresan el fin por alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta”. ATIENZA, M. 2005. *op.cit.* p. 120. El paréntesis en corchetes es nuestro.

¹⁴⁰ ATIENZA, M. 1996. *op.cit.* p. 4. El autor explica distintas acepciones en las cuales el término de “principio” es usado por los juristas y las distintas legislaciones.

justicia penal¹⁴¹. Para ello acudiremos a los postulados explicativos provenientes de la teoría general del Derecho, según los cuales los principios cumplen una variedad de finalidades: “a) sellar el ordenamiento jurídico, es decir, nada menos que garantizar su completitud; b) ‘informarlo’, esto es, conferirle unidad, coherencia; c) reformular o racionalizar los contenidos del derecho o, lo que es lo mismo, contribuir a economizar el sistema, a eliminar redundancias, en definitiva a hacerle más independiente, así como a facilitar su formulación más simple con fines didácticos, nemotécnicos o sistemáticos”¹⁴².

En otro sentido, un principio definido como un estándar normativo, se caracteriza por tener cuatro rasgos esenciales, tres de los cuales pueden ser atribuidos a la presunción de inocencia: (i) presupone otras reglas (regla de trato, regla de prueba y regla de juicio); (ii) está dirigido al órgano aplicador (sea el Juzgado de Garantía, al decidir -la mayoría de las veces- sobre una medida cautelar, o el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, al decidir sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado); (iii) guía sobre cómo solucionar lagunas normativas (la regla del “*in dubio pro reo*” es manifestación de ello¹⁴³). Creemos que estas últimas dimensiones son las que más se ajustan con una correcta denominación de los principios, en general, y del principio de presunción de inocencia, en particular.

Otros autores que también prefieren asignarle a la presunción de inocencia la naturaleza jurídica de principio es el destacado jurista argentino Julio Maier, el cual a su vez es citado por los profesores nacionales María Inés Horvitz y Julián López, todos quienes comparten el planteamiento general de que la presunción de inocencia es un principio político sobre el cual descansa y se estructura todo el proceso penal. En palabras de Maier: “La ley fundamental impide que se trate como a un culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena”¹⁴⁴. Adhiriendo a las reflexiones de Maier, los

¹⁴¹ Decir que es un principio y no hacerse cargo de lo que esto significa, supone incurrir en el error persistente en el que cae la práctica jurídica y que hace notar Diez Picazo cuando se refiere a la materia: “sobre los principios mucho se habla y poco se precisa”. GARCÍA FIGUEROA, A. 1998. Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid, España. Centro de estudios políticos y constitucionales., p. 42.

¹⁴² *Ibid.* p. 43. Por su parte, Vigo refiriéndose a Norberto Bobbio, también le asigna funciones a los principios: “a) *interpretativa*: aportan al esclarecimiento del sentido de otras normas; b) *directiva o programática*: orientan la actividad de los juristas al momento de crear una norma ; c) *integradora*: proporcionan criterios conforme a los cuales resolver un problema jurídico que no tiene regulación normativa (es decir, en caso de laguna jurídicas), y d) *limitativa*: ponen los cauces dentro de los cuales se puede ejercer cierta competencia”. VIGO, R. 2000. *op.cit.* p. 17.

¹⁴³ El cuarto rasgo se refiere a que “tiene una neutralidad tópica”, en el sentido de que acusa una cierta indiferencia de contenido”. Creemos que no podemos decir que la presunción de inocencia goza de neutralidad, toda vez que está orientada a distribuir el riesgo de error de manera diferenciada entre la disyuntiva de condenar a inocentes v/s absolver a culpables. Sobre esto, nos pronunciaremos en el tercer capítulo. Estas cuatro dimensiones de las cuales nos servimos teóricamente para fundamentar la idea están señaladas en: GARCÍA FIGUEROA, A. 1998. *op.cit.* p. 48.

¹⁴⁴ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op.cit.* p. 79.

profesores Cristián Riego y Mauricio Duce exponen: “(...) esta garantía constituiría un punto de partida político de las legislaciones procesales penales de un Estado de Derecho como reacción frente a la forma de llevar adelante la persecución penal en los sistemas inquisitivos, cuyo punto de partida era opuesto. Más concretamente, Maier distingue tres alcances o repercusiones específicas de la garantía en análisis: a) el derecho a ser tratado como un inocente, b) la carga de la prueba en manos de la persecución penal, y c) el *in dubio pro reo*”¹⁴⁵.

Por último, Raúl Tavorari¹⁴⁶, Sabas Chahuán¹⁴⁷, Cristián Maturana y Raúl Montero¹⁴⁸ y Rodrigo Coloma¹⁴⁹, con distintos matices, atribuyen igualmente a la presunción de inocencia el carácter de principio jurídico. Del mismo modo lo han hecho nuestros tribunales superiores de justicia¹⁵⁰.

En síntesis, la presunción de inocencia se constituye como el eje fundamental sobre el cual actúa el proceso penal de tipo liberal y garantista. La forma en que lo hace es limitando el ámbito de actuación del *ius puniendi* del Estado a las conductas especialmente gravosas que afectan a la sociedad (evitando con ello los excesos de un ejercicio arbitrario del poder punitivo), de la mano de la salvaguarda de los derechos fundamentales que protegen al imputado infractor de la norma jurídico penal¹⁵¹. Tal como se dijo al principio de esta tesis, es a través de la presunción de inocencia en conjunto con otras garantías constitucionales¹⁵², que se busca arribar a un equilibrio armónico entre dos

¹⁴⁵ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op.cit.* pp. 110-111.

¹⁴⁶ El académico en distintos párrafos de su libro “*Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos*” se inclina por tratar a la inocencia como “principio de inocencia” o “principio de presunción de inocencia”, a pesar de que en algunos párrafos menciona indistintamente a la inocencia como estado, principio o presunción. TAVORARI, R. 2005. *op. cit.* 34, 323-324, 403, 415.

¹⁴⁷ El autor en su “*Manual del Nuevo Procedimiento Penal*” señala expresamente que la presunción de inocencia es un principio que “protege la situación jurídica de inocencia de la persona durante todo el procedimiento penal”. CHAHUÁN, S. 2009. *op.cit.* p. 34.

¹⁴⁸ Ambos autores, a pesar de que en su obra ubican sistemáticamente a la presunción de inocencia como una de las garantías del sistema procesal penal vigente y por momentos la enuncian como un derecho fundamental, se desprende de distintos apartados que la consideran como principio. Así por ejemplo: “(...) la presunción de inocencia se vincula estrechamente con otros dos principios: el de *in dubio pro reo* y la prohibición del establecimiento de presunciones de derecho de responsabilidad penal”. MATORANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. *op.cit.* pp. 141-146.

¹⁴⁹ COLOMA CORREA, R. 2004. Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno. En: La prueba en el nuevo proceso penal oral. 1ª edición. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis., p. 21.

¹⁵⁰ Así, por ejemplo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca: “1°) Que en el nuevo sistema procesal penal el legislador, para ser consecuente con el principio de inocencia que consagra a favor del imputado, dentro de la gama de medidas cautelares personales que establece, señala que la prisión preventiva debe aplicarse sólo cuando el tribunal estime que las demás son insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”. SCA de Talca: Rol N° 483-2009. [07 de octubre de 2009].

¹⁵¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op.cit.* p. 211.

¹⁵² Según una opinión extendida en la dogmática procesal, gran parte de las garantías procesales que configuran el proceso penal acusatorio estarían informadas por el principio de presunción de inocencia. Mónica Bustamante Rúa adhiere a esta idea señalando: “De lo expuesto, deduce Perfecto Andrés Ibáñez, que las garantías propiamente procesales son las que configuran el proceso acusatorio y que son propuestas por Ferrajoli en los dos siguientes rangos: de un lado las *garantías primarias o epistemológicas* relacionadas con a) la formulación de la acusación, b) la carga de la prueba, c) el derecho de defensa; y de otro lado las *garantías secundarias* entre las que enuncia a) la publicidad, b) la oralidad (inmediación y concentración), c) la legalidad del proceso, y d) la motivación. Ahora bien, para adentrarnos en el tema planteado, señala Ibáñez que las garantías

intereses en permanente tensión: (i) la persecución punitiva y (ii) la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Solo a través de su reconocimiento y tutela directa se podrá otorgar legitimidad a los criterios materiales de intervención estatal o represión de los comportamientos punibles. Sin ir más lejos, su expresión originaria estuvo marcada por establecer la exigencia de legalidad de la sanción y del juicio penal con miras a dotar de mayor calidad a los juicios penales, hasta el punto de que sus implicaciones se extendieron, en palabras de Perfecto Ibáñez, “al imperativo de promover un tipo de juez idóneo para situarse en la posición de neutralidad (...) que corresponde a un operador racional”¹⁵³.

No sin razón, la evolución que ha alcanzado en el derecho comparado el desarrollo de este principio cardinal ha sido similar a como lo hemos venido explicando. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en una serie de pronunciamientos ha sido categórico en declarar que la presunción de inocencia constituye uno de los principios sustantivos y adjetivos del Derecho penal clásico liberal¹⁵⁴. Esta idea, en los términos de Jordi Ferrer, se manifiesta por la jurisprudencia española a través de dos normas jurídicas dirigidas al poder público estatal: “Por un lado, una norma cuyo destinatario es el legislador ordinario y que le impone regular de determinado modo el proceso penal. Por otro, una norma dirigida a los jueces y tribunales obligándoles a elegir interpretaciones de las disposiciones procesales que sean compatibles con la presunción de inocencia”¹⁵⁵. Un elemento que puede graficar esto último es, por ejemplo, la forma en que el legislador debe regular la prisión preventiva de manera que pueda ser compatible con la presunción de inocencia. Su carácter instrumental y de última ratio es coherente con dicha finalidad y con el modo en que la medida cautelar personal debe ser aplicada por los tribunales con competencia penal.

primarias – en sentido estructural y directa - y las garantías secundarias - de manera indirecta - , ‘son aplicaciones del principio de presunción de inocencia, que es el principio rector del proceso penal garantista’”. BUSTAMANTE RÚA, M. 2012. La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de pruebas de más allá de toda duda razonable [en línea], Medellín, Colombia.

<<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/diploNSJPsociedad/material/La%20garantia%20de%20presuncion%20de%20inocencia%20y%20el%20estandar%20de%20prueba.pdf>> [consulta: 21 septiembre 2016], pp. 3-4. El mismo criterio es adoptado por Jordi Nieva: “De su debido respeto dependen aspectos tan importantes como la imparcialidad judicial, la garantía de no ser condenado indebidamente sin pruebas y, finalmente, el derecho a no ser violentado en la propia persona o bienes como consecuencia de una investigación sin un motivo razonable”. NIEVA FENOLL, J. 2013. *op.cit.* p. 77.

¹⁵³ IBÁÑEZ, P. 2009. Prueba y convicción judicial en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi., p. 78.

¹⁵⁴ FERRER, J. 2010b. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. Working Paper, inédito: p. 6. El autor se refiere en este caso al fallo STC de España: Rol N° 111-1999 (F.J., 2°). [14 de junio de 1999]. En el mismo sentido MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op.cit.* p. 38.

¹⁵⁵ FERRER, J. 2010b. *op.cit.* p. 6. Más adelante Ferrer concretiza esta opinión al señalar que “(...) el legislador no podría diseñar el proceso penal de forma que se violara alguno de esos derechos subjetivos considerados como fundamentales”, uno de los cuales es la presunción de inocencia. *Ibid.* p. 7.

Lo mismo apunta Jordi Nieva al analizar la relación existente entre la presunción de inocencia y su vinculación con las medidas cautelares. Para el autor: “(...), todas las medidas cautelares y de investigación de la instrucción se adoptan sin dejar completamente de lado que el reo es inocente. La inocencia, durante esta fase de recogida de vestigios y aseguramiento de la persona del reo, es como una especie de guía de dichas actuaciones, a la que lógicamente no se puede uno aproximar en exceso porque de lo contrario dichas actuaciones no se llevarían a cabo, pero que sin duda está ahí”¹⁵⁶. A renglón seguido, añade: “La principal razón de fondo de la presunción de inocencia es el alejamiento del juez de juicio del prejuicio social de culpabilidad, pero también sirve a otros fines”¹⁵⁷.

Asimismo, Nieva estima que el influjo del axioma o principio de presunción de inocencia ha llegado a extender sus efectos jurídicos y sociales sobre todos los poderes públicos que tengan alguna ligazón con los ciudadanos¹⁵⁸. Con todo, el autor es cauto y por lo mismo, advierte que si bien es un principio fundamental dentro del proceso penal acusatorio (en contraposición a lo que venía siendo el sistema del Antiguo Régimen), no hay que exagerar al extremo de pretender erigirlo en una guía orientadora de todo el ordenamiento jurídico (vale decir, a extra muros del ordenamiento procesal penal¹⁵⁹). De hecho, asumiendo aún que es una suerte de “máxima social”, su influencia real no traspasa -ni debiera hacerlo- los deslindes del modelo de enjuiciamiento criminal.

Lo cierto es que en tanto principio, este irradia su mandato incondicionado sobre todas las reglas que regulan la estructura del proceso penal, entre las que destaca su especial conexión con la prisión preventiva (regla de trato) -que es la que no interesa- y las dimensiones como regla de prueba y regla de juicio que rigen el curso del procedimiento. Lo anterior edifica -técnicamente- a la presunción de inocencia, como un principio en sentido estricto¹⁶⁰.

¹⁵⁶ El autor en este sentido podría ser catalogado como un “*compatibilista*”, cuestión que trataremos en el segundo capítulo. NIEVA FENOLL, J. 2013. *op.cit.* p. 76.

¹⁵⁷ El carácter distintivo de la tesis de Nieva es conferirle a la presunción de inocencia el atributo de despejar cualquier prejuicio social de culpabilidad: “La presunción de inocencia es una orientación filosófica, basada desde luego en la solución de un gravísimo problema real –el prejuicio social de culpabilidad–, como ya se explicó extensamente. Pero debe subrayarse que no es más que una orientación filosófica o ideológica: ni siquiera es la única posible”. *Ibíd.* p. 165.

¹⁵⁸ *Ibíd.* p. 76.

¹⁵⁹ “Lo que quizás sería excesivo es erigirlo en principio fundamental o informador de todo el ordenamiento jurídico, como podría decirse con la ‘igualdad’ o la ‘libertad’, porque quizás no posee un ámbito tan generalista, aunque no dejó de albergar dudas al respecto cuando pienso que la base de la presunción de inocencia es la misma que la presunción de buena fe en el Derecho civil: la creencia en la bondad humana”. *Ibíd.* p. 77.

¹⁶⁰ Atienza explica una de las clasificaciones de los principios: *principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas*. La presunción de inocencia sería un principio en sentido estricto puesto que a pesar de reunir, según el autor, las características de gran generalidad y de presencia en términos centralmente vagos, es capaz de ser orientador de pautas de conducta a seguir por los destinatarios de las normas jurídicas y de los órganos aplicadores del derecho. ATIENZA, M. 1996. *op. cit.* p. 5.

1.5.2. Es una garantía procesal

Otro sector importante de la literatura especializada además de la jurisprudencia nacional y extranjera estima que la presunción de inocencia es el resultado de la evolución y conquista histórica del Estado liberal de Derecho, el que progresivamente ha buscado aumentar las garantías del imputado con miras a contrarrestar el desequilibrio que existía en el Antiguo Régimen en favor de las prerrogativas del Estado. El intelectual que por definición ha propugnado esta idea matriz es Luigi Ferrajoli, quien en un extenso trabajo ha desarrollado lo que se conoce como una *Teoría del Garantismo Penal*.

Para comprender las premisas de su propuesta teórica es que tenemos que recurrir a las finalidades del proceso penal que establecimos al inicio de este trabajo. Según el *modelo cognoscitivo* del proceso penal que Ferrajoli postula, la legitimidad del razonamiento judicial y la validez de las sentencias estaría dada por la búsqueda de la verdad relativa de las aserciones fácticas que se ventilan en el proceso¹⁶¹. Aquí el modelo acusatorio del procedimiento anclado en el principio de contradicción entre las partes (verificación *per modus ponens* y refutación *per modus tollens*), el derecho a la prueba, entre otros elementos, se constituye en una *conditio sine qua non* del esquema cognoscitivo crítico¹⁶². En este sentido, un modelo de *estricta jurisdiccionalidad* promovido por Ferrajoli, es un sistema que tiene absoluta correspondencia con una sistema de garantías penales y procesales que por definición son contrarias al modelo sustancialista o de *mera jurisdiccionalidad* que él critica.

En efecto, el modelo cognoscitivo (consistente con un derecho penal mínimo), por oposición al decisionista (consistente con un derecho penal máximo¹⁶³), está destinado a la reconstrucción de una verdad procesal que sea empíricamente controlable. Para ello, el esquema pretende asegurar garantías procesales dirigida a la obtención de una verdad mínima y aproximativa en los que se pueda fundar los presupuestos de la conminación penal que sugiere la hipótesis acusatoria, entre las que se destaca: “(...) la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa

¹⁶¹ FERRAJOLI, L. 1995. *op.cit.* p. 542.

¹⁶² *Ibíd.* p. 542.

¹⁶³ “El segundo es el dirigido al descubrimiento de una verdad sustancial y global fundada esencialmente sobre valoraciones. (...) Un criterio sustancialista de definición del delito -como en los casos límite de la justicia del cadí, expresados con fórmulas del tipo ‘es reo aquel que es enemigo del pueblo’ o ‘es delito cualquier acto hostil contra el estado’ no puede sino fundar modelos decisionistas de proceso penal orientados a la averiguación de ‘verdades’ éticas o políticas que van más allá de la prueba”. *Ibíd.* p. 540.

mediante la refutación de la acusación”¹⁶⁴. En este particular modelo, la presunción de inocencia resulta ser una garantía procesal de libertad y de verdad¹⁶⁵.

Una vez que hemos explicado en términos generales las premisas en las que se sustenta el esquema cognoscitivo, corresponde describir qué es lo que entiende Ferrajoli por garantías sustanciales y garantías procesales. En su concepto, las primeras “afectan a la sustancia o a los contenidos de las prohibiciones permitidas por las normas reguladoras de la producción válida de la ley penal. Efectivamente, según los usos lingüísticos corrientes, *sustanciales* son las normas y las cuestiones del derecho penal relativas a la regulación de los presupuestos de la pena. Por el contrario, son *instrumentales* las normas de derecho procesal relativas a los métodos y a las formas de comprobación de aquéllos”¹⁶⁶. Algunos ejemplos de las primeras son el principio de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad. Algunos ejemplos de las segundas son la presunción de inocencia, la contradicción, el derecho a la prueba, entre otros. Es evidente que las garantías penales quedan vacías de contenido sin el apoyo correlativo de las garantías procesales.

La garantía de orden procesal sobre la que descansan las demás garantías de un modelo de estricta jurisdiccionalidad, es precisamente la garantía de jurisdiccionalidad, conocido comúnmente bajo el axioma *nulla culpa ine iudicio*¹⁶⁷. Esto supone que no pueda existir culpa sin juicio, ni juicio sin que la acusación sea sometida a prueba de confirmación y refutación. En el mismo sentido lo apunta Alberto Binder al expresar: “juicio previo y principio de inocencia son dos caras de una misma moneda y por tal razón las hemos destacado como *garantías básicas* del proceso penal”¹⁶⁸.

Adicionalmente a la garantía de jurisdiccionalidad, la garantía de *legalidad* del procedimiento penal es de una importancia no desdeñable. En efecto, ambos elementos se erigen como fundamentos y límites del esquema cognoscitivo¹⁶⁹. Luego, la garantía de jurisdiccionalidad en sentido lato, expresada a través del aforismo *nulla poena, nullum crimen* y *nulla culpa sine iudicio*, no es capaz de ser materializada concretamente sin las garantías procesales consistentes con una jurisdiccionalidad en sentido estricto, dentro de las cuales el autor resalta a la *presunción de inocencia* como una de las

¹⁶⁴ *Ibíd.* p. 541. En un modelo decisionista típicamente inquisitivo, que persigue la verdad material y por tanto máxima, las garantías procesales no existen. Es decir, se sacrifican las garantías (sustanciales y procesales) en pos de la obtención de la verdad. Volveremos sobre esto en el capítulo III.

¹⁶⁵ “En la jurisdicción penal, sin embargo, la verdad garantizada por la estricta legalidad es directamente un valor de libertad. Sobre todo porque los derechos de libertad están protegidos frente al abuso gracias, precisamente, al carácter cognoscitivo y no potestativo del juicio, mientras que resultan expuestos al arbitrio allí donde el juicio tenga carácter decisionista”. *Ibíd.* p. 546.

¹⁶⁶ *Ibíd.* p. 463.

¹⁶⁷ *Ibíd.* p. 538.

¹⁶⁸ BINDER, A. 1999. *op. cit.* p. 123. Apoyando a Binder, véase también CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 360; LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 268.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 538.

cuales depende el funcionamiento y el éxito de un modelo procesal penal que propenda a la averiguación de la verdad (es importante recalcar en esto que la presunción de inocencia no puede confundirse con el derecho a un proceso con todas las garantías, en el medida que la primera es una condición necesaria pero no suficiente de la segunda¹⁷⁰).

Por último, y retomando lo mencionado al inicio de este apartado, un modelo jurídico penal de estilo garantista¹⁷¹ -en los términos que propone y defiende Ferrajoli- que a grandes rasgos se encontraría recogido en la mayoría de los textos constitucionales de tradición occidental, estaría sin embargo, ausente en la regulación legal y en la praxis judicial. Desde luego una Carta Fundamental que recoja una variedad de principios y normas iusfundamentales para la vida política y la vida en sociedad resulta letra muerta si no hace efectiva -a través de un mecanismo sólido y adecuado de garantías- el ejercicio de dichos principios. En este sentido, para que el Estado pueda imponer un castigo penal debidamente legitimado o pueda dictar una medida cautelar personal que procure cumplir estándares de racionalidad, se requiere incuestionablemente de la existencia de un proceso. Pero no cualquier proceso, si no uno que ponga en vigencia los derechos y garantías que se tienen por fundamentales.

A. Nociones sobre la presunción de inocencia como garantía procesal en la doctrina procesal nacional

En Chile, son muchos los autores que defienden la noción de garantía procesal de la presunción de inocencia. Esto inclusive se puede desprender implícitamente del punto anterior, en donde parte de los especialistas citados ocupan el término de “principio” cuando a decir verdad lo entendían como “garantía” o viceversa. Al respecto, describiremos el trabajo de Alex Carocca quien muestra el

¹⁷⁰ BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. 2001. *op.cit.* p. 187.

¹⁷¹ “Según una primera acepción, ‘garantismo’ designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de ‘estricta legalidad’ SG propio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos”. FERRAJOLI, L. 1995. *op.cit.* pp. 851-852. A renglón seguido, continua el autor: “En una segunda acepción, ‘garantismo’ designa una *teoría jurídica* de la ‘validez’ y de la ‘efectividad’ como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la ‘existencia’ o ‘vigencia’ de las normas. (...) e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas). (...) La desarrollada en este libro es, por ejemplo, una teoría garantista del derecho penal normativista y realista al mismo tiempo” *Ibid.* p. 852. Finalmente, “En una tercera acepción, en fin, ‘garantismo’ designa una *filosofía política* que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”. *Ibid.* p. 853. El autor concluye diciendo lo siguiente: “Una teoría del garantismo, además de fundamentar la crítica del derecho positivo respecto a sus parámetros de legitimación externa e interna, es en consecuencia también una *crítica de las ideologías*: de las ideologías *políticas*, ya sean iusnaturalistas o ético-formalistas, las cuales confunden, en el plano político externo, la justicia con el derecho, o peor aún a la inversa; y de las ideologías *jurídicas*, tanto normativistas como realistas, que paralelamente confunden, en el plano jurídico o interno, la validez con la vigencia o, al contrario, la efectividad con la validez”. *Ibid.* p. 855.

tratamiento diferenciado que tenían las garantías procesales en el sistema de enjuiciamiento criminal antiguo y las que tienen al comienzo de lo que fue la reforma procesal penal.

De acuerdo a este autor, especialmente por influjo de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, se ha establecido que las garantías “no agotan su aplicación en el juicio penal propiamente tal -el juicio oral en la mayoría de los sistemas- como generalmente se estima, sino que se refieren a la situación de toda persona que es objeto de alguna persecución criminal por parte de agentes estatales”¹⁷². Esto presupone que desde que el imputado adquiere la calidad de tal hasta la completa ejecución de la sentencia definitiva¹⁷³, durante todo el procedimiento (incluyendo entonces el momento en que se impone sobre este una medida cautelar personal como la prisión preventiva) deben respetársele las garantías que el ordenamiento le reconoce. Una de estas, sin duda, es la presunción de inocencia.

La falta de concretización que denunciábamos antes sobre algunos principios se resume en el siguiente párrafo:

“En realidad hasta ahora en el Derecho Procesal chileno [el autor se está refiriendo aquí la época de comienzos del año 2000], ni siquiera se habla de ‘garantías constitucionales del proceso’, sino que para referirse a los parámetros mínimos que ha de cumplir cualquier juicio se alude a la existencia de ‘principios’ y más concretamente de ‘principios procesales’. Esta categorización es muy poco acertada porque es meramente descriptiva, es decir, no pone el acento en la exigibilidad del respeto de tales valores en la legislación y en los concretos procesos, lo que sí se consigue cuando se emplea la expresión ‘garantías constitucionales’, ya que la garantía es tal sólo cuando se cumple y por ello reclama medios para hacerla cumplir. (...) Esta perspectiva atrasada en Chile, debe superarse, porque ha conducido a la formulación de solemnes declaraciones de ‘principios’, que luego hallan *escasa concreción en la realidad*. Esto es precisamente lo que ha acontecido en nuestro país, en el que garantías tales como la del *debido proceso*, la *presunción de inocencia*, la *defensa*, etc. a pesar de estar reconocidas constitucionalmente desde hace 25 años -ya que comenzaron a regir antes incluso que la

¹⁷² CAROCCA PÉREZ, A. 2000. *op.cit.* p. 38.

¹⁷³ Artículo 7º: “Calidad de imputado. Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000.

propia Constitución, al estar incorporadas al Acta Constitucional N° 3 de 1976- hasta que ahora *no se les ha dado ninguna aplicación práctica en el proceso penal que se comienza a dejar atrás*”.¹⁷⁴

Lo reseñado por Carocca pone de relieve el problema que suscitan pomposas declaraciones de principios que decantan en enunciados vagos, indeterminados, con poca eficacia y concreción dentro del sistema de justicia, razón por la cual se justificaría asignar a esta institución la naturaleza jurídica de ser una garantía. Sin embargo, la dificultad que presenta aceptar esta interpretación es que olvida la clásica distinción entre derecho y garantía. Para aclarar esta dicotomía, recogeremos lo desarrollado por el académico constitucionalista Eduardo Aldunate Lizana en su libro “*Derechos Fundamentales*”.

El constitucionalista mencionado sintetiza las obras publicadas por Luis Prieto Sanchis, Luigi Ferrajoli, Peces-Barba, entre otros, y de esta forma nos ilustra desde un comienzo diciendo lo siguiente: “con independencia de qué tipo de derechos se trate, se plantea la cuestión relativa a la forma de asegurar la protección ofrecida a sus titulares. (...) Se trata (la garantía) de un término cuyo concepto difiere de aquél de los derechos en su estructura, al conectar el contenido normativo de los derechos con la idea de su efectiva vigencia en el plano de la realidad”¹⁷⁵.

En el ámbito de los derechos fundamentales, la noción de garantía está subordinada al deseo de concretizar la aspiración normativa que establece el derecho constitucional¹⁷⁶. En la tesis del autor, existen variadas dimensiones en las cuales puede operar aquella. Solo destacaremos la siguiente: “El primero de ellos es el de la certeza. El grado de mayor vulnerabilidad de un derecho se encuentra en la situación en que su existencia misma es o puede ser discutida. Es por ello que el reconocimiento y la fijación por escrito de un derecho constituyen la expresión más primaria de una garantía, al situarlo al margen de una discusión sobre su existencia”¹⁷⁷. De ahí la importancia que tiene positivizar expresamente a la presunción de inocencia en la Norma Fundamental.

Continúa el autor señalando: “De este modo, la noción de garantía es comprensiva de diferentes dimensiones de protección de los derechos. (...) Al respectivo derecho se le da certeza en la escrituración y una protección normativa reforzada en su ubicación como elemento del orden fundamental. Esto explica que a los derechos, en diversos instrumentos constitucionales, se les dé, sin

¹⁷⁴ CAROCCA PÉREZ, A. 2000. *op.cit.* pp. 39-40. Para el autor, las razones que permiten explicar el por qué las garantías durante el sistema inquisitivo eran prácticamente desconocidas es que “el fenómeno de la vigencia efectiva del garantismo en los procesos, en países europeos y latinoamericanos con un sistema jurídico similar al nuestro (...) es relativamente reciente, de alrededor de los últimos 50 años. Sólo después de la Segunda Guerra Mundial sobrevino la preocupación por la vigencia efectiva de estas garantías de orden procesal, que en realidad son una condición indispensable para el respeto de todos los demás derechos, fundamentales o no”. *Ibid.* p. 41. El paréntesis en corchetes es nuestro.

¹⁷⁵ ALDUNATE, E. 2008. *Derechos fundamentales*. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing., p. 77.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 77.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 77.

más, la denominación de ‘garantías’. Sin embargo, la noción de garantía conserva también un significado autónomo y diferenciado, siendo usual en la literatura el identificar la noción de derechos con la de atributos del individuo, y la de garantía con los mecanismos destinados a la protección del efectivo reconocimiento y vigencias de esos atributos”¹⁷⁸.

Una definición estricta, esto es, técnico-jurídica del concepto de garantía es la que se expone a continuación: “El núcleo de este concepto parece vincularse de una manera muy estrecha a la idea de efectividad del respectivo derecho fundamental en términos de su concreción normativa. Esta supone el reconocimiento y consagración positiva del respectivo derecho y la configuración de los requisitos que deben cumplirse para que pueda ser afectado dentro del orden constitucional (v.g. principio de reserva legal, respeto al contenido esencial, control de constitucionalidad de las leyes, etc.); y una vez cumplidos estos supuestos, implica los específicos mecanismos de defensa en caso de transgresión”¹⁷⁹.

De acuerdo a lo señalado, *no es posible equiparar conceptualmente la idea de derecho y garantía*. Esto no significa que desconozcamos la estrecha vinculación que existe entre ambos conceptos. En efecto, es ya casi un aforismo jurídico decir que si el derecho no existe, o en su defecto, existiendo, no está protegido ante una eventual vulneración con una garantía, el interés jurídico se convierte en letra muerta, o incluso, podría llegar a ponerse en entredicho su naturaleza jurídica de derecho. En este sentido, el pleno ejercicio de un derecho subjetivo de carácter público depende no solo de su positivización normativa, sino también del establecimiento de sus *garantías primarias* (“los correlativos deberes o prohibiciones de actuación”¹⁸⁰) y de sus *garantías secundarias* (“los órganos y procedimientos destinados a atacar el incumplimiento de los deberes constitutivos de las garantías primarias”¹⁸¹).

Lo concreto es que de acuerdo a la conceptualización recientemente explicada, *no es posible predicar de la presunción de inocencia que ésta sea una garantía*. Técnicamente no es ni puede serlo. Desde luego, es cierto que la norma de presunción impone un deber correlativo (como es establecer una regla de tratamiento respecto del imputado de que no se le considere como culpable durante la tramitación del proceso) o una prohibición de actuación (como lo es que al imputado no se le puede exigir que presente elementos probatorios para demostrar su inocencia), pero esto es más bien

¹⁷⁸ *Ibíd.* p. 78. Cabe destacar que esta distinción no fue desentendida por la dogmática constitucional chilena. Explica Aldunate: “En Chile, la distinción entre derecho y garantía ya está presente en la obra de Huneeus, como una relación entre lo principal y lo accesorio. Huneeus señala ‘Reconociendo que los derechos naturales del individuo existen con anterioridad a toda Ley humana, (la Constitución) los asegura, los afianza en buenos términos, y así como fianza es una obligación accesorio que supone una principal, así las garantías que se creen a favor de un derecho presuponen la existencia de éste’”. *Ibíd.* p. 82.

¹⁷⁹ *Ibíd.* p. 83.

¹⁸⁰ *Ibíd.* p. 79.

¹⁸¹ *Ibíd.* p. 79.

caracterizar al derecho mismo, estableciendo sus límites y dimensiones, antes que atribuirle el sentido de ser una *garantía primaria*. Tampoco podemos concluir que si se vulnera la presunción de inocencia, se está vulnerando una *garantía secundaria*, porque precisamente los procedimientos judiciales están diseñados para proteger los ataques al derecho afectado con el objetivo de que sea debidamente tutelado. En este sentido, por ejemplo, si la presunción de inocencia es el derecho y este es infringido sustancialmente en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, los mecanismos adecuados para proteger el derecho vulnerado se pueden encontrar en la interposición del recurso de nulidad (art. 373 letra a) del Código Procesal Penal¹⁸²), que sería técnicamente la garantía.

A decir verdad, sería contrario a la lógica asignar a un derecho la calidad de garantía, o viceversa, como a veces ocurre en las imprecisas redacciones de algunas Constituciones o Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos¹⁸³.

De hecho, si uno revisa la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos, el uso equívoco de los términos también se hace patente. A modo de referencia, citaremos algunos considerandos:

(i) “(...) *que el derecho a ‘la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías’* que no perturba la persecución penal, pero sí la racionaliza y encausa. Así la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezcan la carga al imputado de probar su inocencia”¹⁸⁴.

(ii) “(...) el derecho a la presunción de inocencia *‘subyace al propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada’*”¹⁸⁵.

Un problema adicional que puede detectarse, a nuestro juicio, al afirmar que la presunción de inocencia sea una garantía, incluso extremando el argumento al designarla como “garantía de las

¹⁸² “Art. 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, y (...)”. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000.

¹⁸³ Ahora bien, lo cierto es que parte de la dogmática constitucional igualmente considera que puede ser una garantía. En efecto, una dimensión relacionada al concepto de derechos fundamentales establece que estos “tienen por objeto permitir al individuo un desarrollo en segura libertad, o sea, pueden considerarse garantías. Sólo por vía de ejemplo se puede citar el debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de legalidad de la pena y la irretroactividad de la ley penal, etc”. ALDUNATE, E. 2008. *op.cit.* pp. 79-80.

¹⁸⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005 (Nº1). *op.cit.* p. 225.

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 232. El autor se refiere específicamente a Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Herrera v/s Costa Rica. [02 de julio de 2004]; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Suárez Rosero v/s Ecuador. [12 de noviembre de 1997].

garantías”, es el riesgo de distorsionar la institución al punto de hacer derivar derechos que no emanan ni guardan relación alguna con la presunción de inocencia. Esto ocurre, v. gr., al concluir que de la presunción de inocencia proviene el deber de motivar las sentencias¹⁸⁶. Con todo, Alex Carocca, poniendo énfasis en las nociones de derecho y garantía -sin hacerse cargo de su patente divergencia, considera que la presunción de inocencia -en tanto garantía-, sí estaría reconocida de manera indirecta en nuestra Constitución Política, tal como señaláramos en el punto 1.4.1. de este capítulo.

Es evidente que un proceso que permitiera establecer una nueva Carta Fundamental cuyo origen no sea espurio y sea el resultado de una amplia discusión democrática en que la ciudadanía sea libre de participar y deliberar sobre los derechos, garantías e instituciones que estime esenciales para el desarrollo de una vida en sociedad, permitiría establecer un *modelo constitucional de proceso* que fuera observado por el poder público y los operadores jurídicos del sistema. Pero también es cierto que la consagración expresa de estos intereses jurídicos deberá corresponderse con su estricta naturaleza jurídica, con el objetivo de impedir que su aplicación incorrecta haga deformar el sentido de las instituciones procesales.

De cualquiera manera, lo que no puede ser soslayado es la estrecha relación que existe entre los derechos y garantías en favor del imputado, con los principios básicos del sistema de justicia criminal, los que en conjunto coadyuvan a mitigar la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo.

1.5.3. Es un estado jurídico

La mayoría de las reglas cuya fuente de inspiración estuvieron rodeadas por un contexto procesal de carácter inquisitivo y que fueron estudiadas por los juristas de la época, fijan el sentido y alcance del concepto “inocencia” atribuyéndole la calidad jurídica o condición de *estado*. En efecto, autores como Francesco Carrara, Alfredo Vélez Mariconde, Juan Jara Müller, Juan Colombo

¹⁸⁶ “La obligación de fundar o motivar la sentencia constituye una derivación de la presunción de inocencia en la medida que el tribunal debe exteriorizar en forma razonada y lógica los motivos que fundamentaron la convicción de culpabilidad del acusado, superando toda duda razonable”. *Ibid.* p. 234.

Campbell, Rubén A. Chaia¹⁸⁷, Orlando Poblete Iturrate, Sabas Chahuán¹⁸⁸, entre otros, designan a la inocencia de esta manera¹⁸⁹.

En el punto 1.3. de este primer capítulo, reproducimos un fragmento de la obra de Francesco Carrara (que aparece en el trabajo de Juan Jara Müller¹⁹⁰), en el cual ambos autores asumen que el estado de inocencia sería una condición inherente a la naturaleza humana, y que como tal, el Estado estaría obligado a reconocer dicha calidad a través del ordenamiento jurídico que se autoimpone. Más adelante nos detendremos a examinar exhaustivamente esta construcción teórica, puesto que en nuestra opinión, Jara Müller es uno de los exiguos pensadores que dentro de nuestra cultura jurídica ha querido profundizar y explicar por qué la inocencia sería un estado y no una presunción. Antes de ello, reproduciremos algunos pasajes de otros destacados autores que conciben a la presunción de inocencia desde esta perspectiva.

Alfredo Vélez Mariconde, citado por Rafael Fontecilla, apunta lo siguiente: “Dice también que, por otra parte, es evidente que si existiera semejante presunción, no podría concebirse ningún acto coercitivo en contra de la persona y de los bienes del imputado, desde que la detención preventiva, lo mismo que el procesamiento, se basan, por el contrario, en una presunción más o menos fuerte de culpabilidad. Todo lo anterior lo hace concluir que interpretado literalmente el principio es absurdo y

¹⁸⁷ El jurista argentino concibe al estado de inocencia como la regla general, la cual solo puede ser destruida a través de un juicio previo que declare la culpabilidad. Si bien históricamente se la concebía como una “presunción”, surgió un desplazamiento en la denominación hacia la idea de “estado”, concebido como una condición inherente a todo ser humano. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 70, 660.

¹⁸⁸ Una de las consecuencias jurídicas que le atribuye a la presunción de inocencia es: “1) *El respeto al estado de inocencia*”. CHAHUÁN, S. 2009. *op. cit.* p. 35.

¹⁸⁹ Existen varios otros autores que no son tan claros al respecto, toda vez que consideran a la inocencia como un “estado”, pero a ratos ocupan lingüísticamente el término de “principio”. El uso adecuado de los términos nos parece que no es trivial, considerando que cada uno de ellos representan posiciones teóricas y significados distintos. Una idea no puede ser al mismo tiempo dos cosas distintas. Así, v. gr., Nelson Pozo, señala: “En verdad no se trata de una presunción de inocencia, sino de un estado jurídico que se impone por fuerza del principio constitucional citado [el autor en este pasaje incurre en un curioso argumento, puesto que extrae del principio de legalidad establecido en el art. 19 n°3 inciso noveno la presunción de inocencia]. Se trata de un estado en virtud del cual todo habitante de una nación, hasta tanto sea objeto de una sentencia judicial que lo declare culpable, es inocente y como tal debe ser tratado, aun cuando sea sometido a un proceso penal porque se presume su responsabilidad respecto de un hecho ilícito. De este principio fundamental se deriva la consecuencia concreta de que la culpabilidad del imputado debe ser probada positivamente”. POZO SILVA, N. 2006. *op. cit.* p. 13. El paréntesis es corchete es nuestro. Del mismo modo Giovanni Cisternas: “Como derivación –o manifestación, si se prefiere– del principio de presunción de inocencia, su fundamento radica en que hasta la sentencia que dé término al proceso penal no se tiene real certeza de que el imputado ha cometido algún delito (...) En este sentido, es que quizás sea más correcto referirnos al ‘estado de inocencia’, pues aquí no hay una presunción, en el sentido procesal del término, (...)”. CISTERNAS VELIS, G. V. 2011. *op. cit.* p. 103. Algo similar puede encontrarse en el trabajo de Ángela Ester Ledesma, quien trata al instituto como un “estado” pero en algunos lugares del artículo se refiere al mismo como “presunción”. LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 271, 287.

¹⁹⁰ “Aquí dice: *Protejo a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad... con los modos y las formas que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón*”. JARA MÜLLER, J. 1999. *op. cit.* p. 45.

que el mismo debe considerarse no como una presunción legal, sino como un estado jurídico del imputado, el cual es *inocente* hasta que sea declarado culpable por sentencia firme”¹⁹¹.

A su turno, Jara Müller señala: “La réplica a las escuelas penales que debilitan o niegan el principio de inocencia, la hace el profesor Vélez Mariconde, en su obra sobre el *Derecho Procesal Cordobés*; este autor expresa que en verdad el principio no consagra una presunción legal como se pudiera desprender de su denominación tradicional, sino un estado jurídico del imputado, el cual es inocente hasta que sea declarado responsable penalmente por sentencia firme, y esto no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción judicial de responsabilidad penal, capaz de justificar medidas cautelares personales”¹⁹². En el mismo sentido, el profesor Orlando Poblete Iturrate: “Como es propio de la presunción de inocencia, nadie debe ser considerado culpable ante que una sentencia firme lo declare, lo cual impone el deber de respetar, en tanto tal declaración se produce, la situación o estado jurídico que la persona tenía y tiene”¹⁹³.

El presupuesto del cual parten todos los autores señalados es aquel que considera que desde el principio de existencia natural de las personas humanas, éstas nacen inocentes, y mientras en su contra no se dicte una sentencia condenatoria que declara su culpabilidad probatoria por la comisión de un delito, se mantendrán en este estatus hasta su muerte. La condición natural de inocencia explicaría entonces por qué la sentencia absolutoria viene a confirmar el estado de inocencia de pureza absoluta que nunca se extravió¹⁹⁴. En efecto, bajo esta perspectiva, venimos al mundo siendo inocentes, y en tanto una sentencia firme de condena no establezca lo contrario, nos vamos del mundo también siendo inocentes¹⁹⁵. Si esto es así, sería una impropiedad establecer jurídicamente a través de una presunción algo que *ex ante* se asume que siempre (naturalmente), se tuvo¹⁹⁶.

¹⁹¹ FONTECILLA, R. 1978. *op. cit.* pp. 444-445.

¹⁹² JARA MÜLLER, J. 1999. *op. cit.* p. 45-46. V. t. COLOMBO CAMPBELL, J. 2005. *op. cit.* pp. 34-35; NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. *op. cit.* p. 3 (como ha sido recurrente en Nogueira, a veces la define como estado y otras como principio).

¹⁹³ POBLETE ITURRATE, O. 1998. Presunción de inocencia. Significado y consecuencias. Algunas referencias al Proyecto de Código Procesal Penal. Revista del Abogado. Año 4 (N° 14): p. 29.

¹⁹⁴ BENAVENTE CHORRES, H. 2009. El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales. Revista del centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 7 (N° 1): p. 61. Suscribiendo la misma tesis, casi con las mismas palabras unos años antes, Osvaldo Alfredo Gozaini señala: “(...), y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte, cuando, en el sentimiento cristiano, se llega al purgatorio para redimir los pecados que lo han tornado culpable por sus actos impuros. La aplicación al proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: (...) mientras que la ‘condena’ es constitutiva, pues a partir de ella nace un estado jurídico nuevo”. GOZAÍNI, O. 2006. *op. cit.* p. 156. A pie de página este autor hace suya decididamente esta postura, comentando: “Nosotros preferimos hablar de ‘estado de inocencia’, porque parece difícil explicar que una persona se presume inocente cuando se la tiene anticipadamente culpable (por ejemplo cuando se le dicta el procesamiento –que es un juicio de probabilidad incriminante–) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva. Pareciera una autocontradicción (...)”. *Ibíd.* p. 156.

¹⁹⁵ Algo similar es lo que ocurre cuando desde el iusnaturalismo se asume la creencia firme en la bondad del ser humano. En una nota al pie de página, Rubén A. Chaia asume esta teoría en las siguientes palabras: “Tal como señala DEI MALATESTA, ‘*quilibet praesumitur bonus, donec contrarium probetur*’ (‘cualquier persona se presume buena mientras no se pruebe lo

Ahora bien, un estado natural *per se* no tiene sentido si no es reconocido en el contexto del fenómeno jurídico. De este modo, para que esta doctrina sea consistente con sus postulados, es necesario saber diferenciar nítidamente el estado natural de inocencia del estado jurídico de inocencia. Juan Jara Müller lo ilustra de esta manera: “Con todo, se hace necesario distinguir, según pensamos, *el estado natural de inocencia, por un lado, del estado jurídico equivalente*, por otro, pues el primero es una calidad moral que posee el hombre en su etapa originaria, fase anterior al fenómeno jurídico, que denota su pureza, libre de todo vestigio de maldad, todo ello a consecuencia de que sus acciones son gobernadas por la recta razón. Por su parte el estado jurídico de inocencia representa, en nuestra opinión, una condición inherente a la persona que, en tanto sujeto de derecho, puede ser objeto de persecución penal por existir probabilísticamente la posibilidad infinitesimal de ser culpado de un delito, consecuencia que únicamente se alcanzaría si y solo si se logra el grado de certidumbre suficiente, exigido en un ordenamiento jurídico dado, para adquirir la convicción de que la probabilidad infinitesimal que se tenía al inicio del proceso penal se ha incrementado de tal modo que, por elementos empíricos, se ha transformado en la verdad procesal que se refleja en una sentencia definitiva condenatoria (...)”¹⁹⁷.

Sin perjuicio de lo señalado, al igual como describimos en el punto 1.5.1., no hay que sobredimensionar el valor jurídico de la inocencia alzándola a la categoría de un principio general del Derecho como pareciera ser que éste autor lo hace¹⁹⁸.

Desde luego, llama la atención que aquella parte de la doctrina que adhiere al planteamiento de que la naturaleza jurídica de la inocencia es la de ser un estado, luego se refieran a ella como principio. Prescindiendo de esta consideración (que por lo demás creemos que excede los ribetes lingüísticos que pudiera tener), lo cierto es que no estamos de acuerdo con la idea sostenida por esta parte de la doctrina por una sencilla razón. Y es que al mundo no venimos inocentes, si no que venimos libres. Así, tal como asumimos *a priori* que el hombre es esencialmente social, también es naturalmente libre. Desde la perspectiva que enseña el racionalismo moderno, el estado más primitivo en que se funda la

contrario’). En ese sentido, si lo ordinario se presume, lo extraordinario se prueba. Llevándolo al terreno del proceso, la inocencia es lo ordinario”. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 70.

¹⁹⁶ “(...) si lo entendiéramos como una presunción legal, tendríamos inconvenientes técnicos para la construcción lógica de ella, que por lo demás y sin ser expertos en filosofía analítica es el problema de todas las presunciones legales, dado que en este tipo de juicios se pretenden aplicarlas reglas de la deducción a razonamientos inductivos lo que constituye a nuestro entender una incompatibilidad insuperable. Por lo demás y aunque aceptáramos la validez de la construcción lógica de estos enunciados, dejaríamos a quien es objeto de la persecución penal con la carga previa de probar el acontecimiento base de la presunción, (...), con lo cual se vulneraría el espíritu del principio iluminista”. JARA MÜLLER, J. 1999. *op. cit.* p. 51.

¹⁹⁷ *Ibíd.* p. 52. Las cursivas son nuestras.

¹⁹⁸ “A través de este estudio, hemos podido observar cómo una idea que nació por la atenta mirada racionalista de la condición humana, de pensadores liberales del siglo XVIII, evolucionó para transformarse en un *principio general del derecho* (...)”. *Ibíd.* p. 61.

naturaleza individual del hombre es la libertad, la que constituye la dimensión más elemental del ser humano conforme a la cual se han gestado una pluralidad de procesos históricos, sociales y culturales en el devenir de las sociedades modernas. Ya lo decía Rosseau: “Esta libertad común es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación; sus primeros cuidados son los que se debe a él mismo. Llegado a la edad de la razón, siendo el juez exclusivo de los medios adecuados para conservarse, se convierte, por tanto, en su propio dueño”¹⁹⁹.

Cabe destacar que desde la visión del racionalismo moderno promovido por el pensamiento ilustrado, el poder se constituye exclusivamente por los individuos que sacrifican parte de su libertad con el objetivo de garantizar su esfera individual de actuación a través de un acuerdo de voluntades general o contrato social²⁰⁰.

Los procesalistas no son ajenos a la crítica que hemos enunciado. A modo de ejemplo, téngase en cuenta las palabras de Alberto Binder: “No se puede decir, por ejemplo, que la situación de cualquier persona en la sociedad sea una situación de inocencia. Los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes. Es que la ‘inocencia’ es un concepto referencial que sólo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable. La situación normal de los ciudadanos es de ‘libertad’: la libertad es su ámbito básico, sin referencia algún al Derecho o al proceso penal”²⁰¹. En la misma línea de pensamiento podemos encontrar a Vincenzo Manzini, férreo opositor a la presunción de inocencia²⁰².

¹⁹⁹ ROSSEAU, J. J. 1969. *op. cit.* p. 25. En otro pasaje de su clásica obra expresa: “Aun admitiendo que el hombre pudiera alienarse a sí mismo, no puede alienar a sus hijos, nacidos para ser hombres y libres. Su libertad les pertenece, sin que nadie tenga derecho a disponer de ella. (...) Renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre, a los derechos de la humanidad e incluso a sus deberes. (...) Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre: (...)”. *Ibid.* p. 31.

²⁰⁰ En los apuntes del Historiador del Derecho, don Bernardino Bravo, una de las visiones de la historia moderna es el racionalismo que transcurre entre mediados del siglo XVIII y mediados del siglo XX, en cuyos inicios estuvo definida por tener una nueva actitud frente a la realidad y al mundo. Ya no importa qué son las cosas, sino cómo se pueden demostrar las cosas: “El racionalismo es ante todo una actitud mental, una nueva manera de mirar las cosas, una nueva postura frente a la realidad. Su raíz es la búsqueda de la certeza, de un saber seguro, inobjetable, al margen de los conocimientos transmitidos, vale decir, al margen de la Revelación y de la tradición de la Antigüedad clásica”. BRAVO LIRA, B. 2002. *Grandes visiones de la historia*. [Apuntes de la cátedra Historia del Derecho I. Universidad de Chile, Facultad de Derecho]. Santiago, Chile, p. 35. Esto que se manifiesta en Rousseau también se aprecia en Hobbes, quien postuló que “el estado natural y original del hombre no era la sociedad sino el individuo, de suerte que la sociedad y el Estado no tenían otro origen que el contrato o pacto entre los individuos que los componen y, por tanto, no existía otro derecho que el impuesto por el Estado”. *Ibid.* p. 37.

²⁰¹ BINDER, A. 1999. *op. cit.* p. 124. Aunque hay que ser precavidos con su concepción porque en otras partes de su libro emplea la voz “status”: “El conjunto de principios que señalamos precedentemente conforman la situación o el *status* básico de un ciudadano sometido a proceso. Él llega al proceso con un *status* que debe ser destruido y en ello reside la construcción de la culpabilidad”. *Ibid.* p. 125.

²⁰² “Es equivocado el concepto, muy difundido, de que el interés protegido por las normas penales en contraposición con el de la represión, sea el interés de garantizar la *inocencia*, en lugar del relativo a la libertad individual”. MANZINI, V. 1952. *op. cit.* p. 253.

1.5.4. Es un derecho fundamental

El Tribunal Constitucional español en su ya célebre sentencia de 1981 declaró que “una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (‘in dubio pro reo’) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata”²⁰³. Este pronunciamiento de la Magistratura Constitucional ha sido determinante en el modo en que parte de la doctrina y los operadores jurídicos del sistema procesal penal comparado, han definido y tomado partido por la presunción de inocencia. Este es por lo demás, el mismo tratamiento que ha tenido incluso la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en innumerable fallos, pero que todavía no se ha asentado de manera incuestionable en nuestro sistema²⁰⁴.

La opinión que se ha sostenido en este capítulo es considerar a la presunción de inocencia como un derecho fundamental que exige ser positivado constitucionalmente²⁰⁵. Las consecuencias de su constitucionalización explican las razones que justifican calificarla de esta manera, cuestión que no es posible de predicar si es que la entendemos como una garantía o un estado. Antes nos detendremos brevemente en lo que significa que “X” (sea la presunción de inocencia, sea cualquier otro objeto de análisis) sea un derecho fundamental y por qué debemos interpretarlo como derecho y no como otra entidad jurídica. Hacerlo es fundamental, toda vez que el horizonte de un *modelo constitucional de proceso* que esté anclado en el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige ineludiblemente abarcar definiciones esenciales como éstas.

²⁰³ MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op. cit.* p. 23. La sentencia corresponde a la STC de España: Rol N°31-1981. [28 de julio de 1981]. Otro fallo posterior que complementa esta posición dominante en la jurisprudencia constitucional española afirma que: “(...) limitadamente venía siendo un mero principio teórico del derecho, en el ámbito de la jurisdicción criminal, a través del axioma *in dubio pro reo*, relacionado con la valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre. Desde ese momento (...) pasó a convertirse en un amplio derecho fundamental al constitucionalizarse su existencia en el art. 24.2 de la Ley suprema (...)”. BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. 2001. *op. cit.* p. 181. La sentencia citada corresponde a la STC de España: Rol N° 107-1983. [29 de noviembre de 1983]. La doctrina ha subrayado la misma idea al señalar que “(...) en rigor, puede hablar de un derecho fundamental para el que, constitucionalmente, no se prevén atenuaciones, a diferencia de lo que sucede con distintos derechos fundamentales”. IBÁÑEZ, P. 2009. *op. cit.* p. 80.

²⁰⁴ A modo de referencia: “154. La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quién acusa”. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ricardo Canese v/s Paraguay. [31 de agosto de 2004].

²⁰⁵ Un derecho fundamental *relativo*, toda vez que como hemos apuntado en pasajes anteriores de esta memoria, nuestro ordenamiento jurídico -y el de diferentes sistemas comparados- acepta que en contra del imputado se impongan medidas cautelares personales con la única finalidad de asegurar la realización de los fines del procedimiento, cumpliendo los demás requisitos legales. Su relatividad se expresa además en que es posible que la presunción pueda ser derrotada mediante la declaración de culpabilidad probatoria en la fase de enjuiciamiento.

Significados sobre el concepto de derecho fundamental (o derechos “constitucionales”, “subjetivos públicos”²⁰⁶, “humanos”, entre otras acepciones que se mencionan en la literatura y la práctica judicial) podemos encontrar tantos como enfoques o tipologías se han elaborado sobre ellos. Aquí sostenemos la definición que entiende a los derechos fundamentales como “aquellos derechos subjetivos que las *normas* de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a *todos* en tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*”²⁰⁷. Entre los elementos fundantes de esta definición y que permite distinguirse de cualquier otro derecho considerado no-fundamental, encontramos los siguientes: “*a*) la forma universal de su imputación, entendiendo ‘universal’ en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de justos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares; *b*) su estatuto de reglas generales y abstractas, es decir, de lo que he llamado “normas téticas” (...) *c*) su carácter indisponible e inalienable”²⁰⁸. Otra forma de concebir la noción de derechos fundamentales es aquella que los define como un haz de intereses jurídicos y libertades reconocidos a las personas naturales como a las personas jurídicas de derecho público o privado, mediante su consagración expresa o implícita en las Cartas Fundamentales o en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, los cuales son exigibles respecto del Estado como de los particulares²⁰⁹.

²⁰⁶ “Subjetivo”, pues a su titular otorgan una acción constitucional para lograr que la autoridad no afecte ni viole el contenido del derecho, y “público”, porque está consagrada en la Constitución y tanto la autoridad pública como los particulares deben respetarla. BENAVENTE CHORRES, H. 2009. *op. cit.* p. 62.

²⁰⁷ FERRAJOLI, L. 2001. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Madrid, España. Editorial Trotta., p. 291. La particularidad de los derechos fundamentales reside en la pretensión de tener un “derecho a algo”. De acuerdo a Alexis, este “algo” está compuesto por una relación normativa triádica entre: el titular (a); el destinatario (n) y el objeto (G). En este caso, el titular sería el *imputado*, el destinatario sería el poder público (representado acá por el *Ministerio Público* y los *tribunales con competencia penal*) y el objeto sería la *presunción de inocencia* (o bien, a que no se considere culpable a una persona en tanto no fuera condenada por una sentencia firme). ALEXY, R. 2003. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia., p. 19.

²⁰⁸ FERRAJOLI, L. 2001. *op. cit.* p. 292.

²⁰⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2004. Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la Convención Americana de Derechos humanos. Revista del centro de estudios constitucionales Universidad de Talca. Año 2 (N° 1): p. 124. El mismo autor en una siguiente publicación identifica conceptualmente a los derechos fundamentales con los Derechos Humanos (NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005a. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista Ius et Praxis. Año 11 (N° 2): p. 16). Sin embargo, preferimos no equiparar el término, no porque los derechos fundamentales no tengan aquella dimensión universal que poseen los Derechos Humanos, sino por los problemas conceptuales que esto puede conllevar. Pasamos a explicar. Parte de la doctrina establece una relación de implicación necesaria entre los derechos fundamentales y los Derechos Humanos, como si los primeros fueran -en su esencia- los segundos, pero transformados en derecho constitucional positivo. El problema de esta asimilación conceptual está dado por la complejidad que resulta de la indefinición de los Derechos Humanos. Determinar cuáles derechos son propiamente Derechos Humanos, es sumamente discutido en la doctrina y su intento por clarificarlos se convierte en algo intrincado, so riesgo de dejar afuera algunos derechos que son esenciales para el desarrollo del individuo. Sobre la materia, es útil revisar las conclusiones a las que llega Alexy: “Como consecuencia, es aconsejable no afirmar en definitiva que los derechos fundamentales *son* derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo, sino que se trata de derechos que han sido llevados al derecho positivo con el propósito o la intención de darles una dimensión positiva a los derechos humanos”. ALEXY, R. 2003. *op. cit.* p. 28 (la explicación completa se puede encontrar en: *Ibid.* pp. 24-28).

La pretensión de definir íntegramente este concepto puede ser insatisfactoria si en su ensayo no establecemos antes las dos dimensiones de su contenido normativo. Por un lado, su dimensión objetiva, entendida como un orden objetivo de valores; y por el otro lado, su dimensión subjetiva, comprendida como un marco de protección de situaciones jurídicas subjetivas²¹⁰. La presunción de inocencia se hace parte de ambas dimensiones. En efecto, es susceptible de edificarse como un valor dentro del orden *objetivo* del sistema jurídico en virtud del cual existiría un acuerdo fundamental, *a priori*, entre el castigo del culpable y la protección del inocente. Y también, en su *faceta subjetiva*, la inocencia está vinculada con la libertad, la cual se erige como un instrumento de defensa del ciudadano frente al poder omnipotente del Estado. La peculiaridad que tiene la presunción de inocencia es que es un derecho fundamental de orden procesal, cuyo contenido normativo se despliega activamente en cada una de las fases del proceso penal.

La importancia de un derecho fundamental está dada entonces, entre otras cosas, porque un Estado Democrático y Constitucional de Derecho²¹¹ que se precie de tal, exige la protección, promoción, respeto y garantía de estos derechos. En efecto, la vinculación necesaria que existe entre el poder público con los derechos fundamentales no solo es formal sino también material; esa es la razón por la cual se demanda al Estado el cumplimiento de su deber de protección frente a posibles lesiones (privación, perturbación o amenaza) provenientes de agentes estatales o particulares. Por otro lado, un sistema procesal penal moderno -predominantemente acusatorio- requiere que sea coherente con la defensa de los valores esenciales que establece su Norma Fundamental, las cuales no solo instituyen los límites infranqueables frente a la actuación del Estado, sino que también son las normas cuyo contenido atributivo se irradia a las disposiciones legales que terminan legitimando la intervención punitiva.

²¹⁰ “En su significación *axiológica objetiva* los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. (...) En su *dimensión subjetiva*, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienen, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social”. PEREZ LUÑO, A. 2004. Los derechos fundamentales. 8º edición. Madrid, España. Editorial Tecnos., pp. 21-22. En el mismo sentido, Eduardo Aldunate: “El Tribunal Constitucional Federal sostiene que las disposiciones sobre derechos fundamentales, si bien dirigidas en primera línea contra los actos de los órganos del Estado, establecen también un orden objetivo de valores (*objektive Wertordnung*); y, que en esta calidad, el sistema de valores (*Wertsystem*) debe ser reconocido como decisión fundamental para todos los ámbitos del derecho: tanto el legislativo, como la administración y judicatura recibirían en este sistema sus directrices e impulso”. ALDUNATE, E. 2008. *op. cit.* p. 166.

²¹¹ Para arribar a esta forma de Estado Derecho antes hay que transitar ideológicamente desde un Estado Liberal (cuyo acento está puesto en las libertades negativas) hacia un Estado Social de Derecho (cuyo acento está puesto en las prestaciones positivas, es decir, obligaciones de hacer -activas- por parte del Estado). El horizonte político penal al que aspiran algunos intelectuales es una suerte de híbrido entre ambos tipos de Estado: “Con una fórmula sumaria podemos representar a semejante ordenamiento como *estado liberal mínimo* y a la vez como *estado social máximo*: estado (y derecho) mínimo en la esfera penal, gracias a la minimización de las restricciones de las libertades de los ciudadanos y a la correlativa extensión de los límites impuestos a sus actividades represivas; estado (y derecho) máximo en la esfera social, gracias a la maximización de las expectativas materiales de los ciudadanos y a la correlativa expansión de las obligaciones públicas de satisfacerlas”. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 866.

No entenderlo así, equivale a rechazar la posibilidad de aspirar a un *modelo constitucional de proceso* que permita efectivamente la realización y puesta en vigencia de estos derechos. Los derechos fundamentales son entonces, el primer bastión -y por qué no, el más importante- con que cuentan los ciudadanos que se ven expuesto a convivir con el ejercicio del poder público en la esfera del proceso judicial.

Luego de esta descripción general, la pregunta siguiente es: ¿El derecho fundamental a la presunción de inocencia está establecido en nuestra Constitución Política?

La respuesta es afirmativa. En efecto, sí está establecida, pero de manera indirecta, a través de la remisión del catálogo de derechos fundamentales al artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental²¹² que construye el llamado *Bloque Constitucional de Derechos*²¹³. Esta elaboración moderna es relevante, toda vez que limita la soberanía y obliga al legislador ordinario a delimitar los atributos de un derecho sin afectar el contenido esencial del mismo²¹⁴ (esto ya lo concluimos en un apartado precedente). Además de ello, pensamos que desde 1989 esta consideración debería ser irrefutable²¹⁵.

²¹² Artículo 5°: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. 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”. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 22 septiembre 2005.

²¹³ “Por *bloque constitucional de derechos fundamentales* entendemos el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuentes constitucional o pro vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario) y los derechos implícitos, expresamente incorporados por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica, categóricamente, el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Chilena vigente”. NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2004. *op. cit.* p. 124. A pesar de esta ampliación en la órbita de protección de los derechos fundamentales, no toda la doctrina está conteste en la forma en cómo se ha producido. “e) Por último, debe señalarse que la discusión sobre el posible rango constitucional de los tratados internacionales, o la doctrina del bloque de constitucionalidad configurado por normas construidas sobre una base de textos normativos más amplia que el texto de la constitución implica, respecto de éste, una disminución de su índice de relevancia –y por lo tanto de fuerza normativa– en el correspondiente proceso de construcción normativa. Utilizando una metáfora, la idea de bloque de constitucionalidad tiende a diluir la enjundia constitucional en un caldo mucho muy aguado de textos no constitucionales. Puede aceptarse o no esta doctrina; pero, si se acepta, parece inconcuso que no se puede desconocer esta disminución, en términos comparativos, de la participación del texto constitucional en el resultado final de la construcción normativa”. ALDUNATE, E. 2009. La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII: pp. 459-460.

²¹⁴ Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas:
26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 22 septiembre 2005.

²¹⁵ “Resulta indiscutible que, al menos, desde 1989, la presunción de inocencia es un derecho de jerarquía constitucional entre nosotros, con lo cual toda presunción, aun las meramente legales, de responsabilidad han quedado derogadas o deben ser declaradas inaplicables por el Tribunal Constitucional”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2006. La nueva justicia penal frente a la Constitución. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis., p. 128.

El derecho fundamental de la presunción de inocencia desde su incorporación a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos forma parte del Bloque Constitucional de Derechos y del sistema de protección internacional de Derechos Humanos, lo que no es otra cosa que reforzar fácticamente la concreción normativa que exige su carácter de principio informador del proceso penal²¹⁶. Esta aseveración está apoyada además en que de acuerdo a las reglas de oro del Derecho Público (artículo 6° y 7° de la Constitución Política²¹⁷), la Constitución y sus normas vinculan a todos los poderes públicos, siendo de eficacia inmediata y aplicación directa.

La conclusión anterior se ve fortalecida adicionalmente por la concepción de los derechos implícitos. Esta concepción afirma que no es condición necesaria para la existencia de un derecho, que estos estén establecidos expresamente en el texto constitucional. Es evidente que lo deseable, a efectos de evitar ambigüedades jurídicas, es que sí se encuentren consagrados, pero su no inclusión no es óbice para deducir su presencia de los principios generales del Derecho, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la construcción jurisprudencial de los mismos.

Así ha quedado de manifiesto por Humberto Nogueira: “La *concepción de los derechos implícitos* esta asumida en nuestro sistema constitucional por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y reforzada normativamente por el artículo 29 c) de la Convención Americana al señalar que no puede interpretarse ninguna de sus disposiciones para ‘*excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la norma democrático representativa de gobierno*’”²¹⁸. La misma concepción es respaldada por los exponentes Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, al momento de explicar que un derecho implícito no es más que una extensión del contenido explícito de un derecho a situaciones de hecho novedosas que inicialmente no estaban contempladas

²¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2004. *op. cit.* p. 142. V.t. NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. *op. cit.* p. 222.

²¹⁷ Artículo 6°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Art. 7°: “Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 22 septiembre 2005.

²¹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005a. *op. cit.* p. 17.

en el (esta interpretación es la que se desprende adicionalmente de la jurisprudencia sostenida por nuestra Magistratura Constitucional²¹⁹).

Por otra parte, este argumento que ha tratado de esgrimirse para nutrir esta posición teórica queda en evidencia en nuestros cuerpos legales, específicamente, en el Código Procesal Penal y en los antecedentes que se tuvieron a la vista para su dictación. Así, en el mensaje del Presidente de la República con el que se inicia el proyecto de ley que establece un nuevo régimen procesal penal, se quiso crear un sistema de enjuiciamiento criminal que fuera consistente con los instrumentos internacionales²²⁰.

En definitiva, si el derecho fundamental a la presunción de inocencia en tanto elemento implícito, está afincado en los instrumentos internacionales que fueron mencionadas en el punto 1.4.3., también lo está en el derecho interno, según lo establece el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política. El paso siguiente es determinar cuál es la posición jurídica que ocupan los tratados internacionales ratificados por Chile -y que se encuentran actualmente en vigor- dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico. Solo de esta manera podremos asignarle en forma consistente un valor normativo al derecho en comento para que sea efectivamente realizable, sin objeciones.

¿Cuál es el lugar que ocupan los tratados internacionales dentro de nuestro sistema de fuentes?

²¹⁹ “(...) es una expansión natural del contenido de un derecho expreso por su aplicación a supuestos fácticos nuevos. El TC ha utilizado la técnica de reconocer derechos implícitos. Así, ha sostenido que “[l]as disposiciones sobre bases de la institucionalidad, los tratados internacionales y los derechos constitucionales expresamente reconocidos permiten extraer otros derechos que gozan de protección implícita de la Constitución, como el derecho de acceso a la información, el derecho a la identidad personal y el derecho a la presunción de inocencia (STC 634, c. 9 y 10. En el mismo sentido STC 1340, c. 9 y STC 1443, c. 13)”. GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Revista del centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 11 (N° 2): p. 235.

²²⁰ La misma jurisprudencia de la Corte Suprema lo ha declarado de esta manera: “El mensaje del Código Procesal Penal sostiene que deben explicarse los principios básicos que deben regir el enjuiciamiento criminal, especificando los contenidos de la Constitución Política y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en que el eje del procedimiento está constituido por la garantía del juicio previo. “Otro de los principios generales del sistema propuesto consiste en la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos relevantes en cuanto a la regulación del procedimiento penal. Esta disposición obedece a la necesidad de reforzar la noción de que el procedimiento penal se organiza a partir del desarrollo de los principios generales del ordenamiento jurídico que regulan la relación entre el Estado y los ciudadanos y que se encuentran recogidos en esos cuerpos normativos. En este sentido, se trata de resaltar la importancia de estos principios por sobre los mecanismos procesales específicos consagrados en la ley. Los jueces deberán trabajar integrando las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas.” (Historia de la Ley N° 19.696, mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo código de procedimiento penal, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 18-19)”. SCS: Rol N° 53-2016. [23 de febrero de 2016].

Al respecto, solo enunciaremos que a pesar de los grandes vaivenes que la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional han tenido sobre la materia objeto de análisis²²¹, una conclusión pacífica que se ha ido asentando progresivamente es que desde el punto de vista de la producción normativa de estos mandatos jurídicos, un tratado internacional es distinto a un precepto legal²²², pero no por ello es menos importante.

Así queda expresado post reforma constitucional del año 2005, en la sentencia Rol N°1288-2008: “[...] *el tratado internacional no es propiamente una ley, pues no se somete al mismo procedimiento que ella, sino que se rige, por lo menos en su formación, por las voluntades de dos o más Estados*”. (...) “*En atención a lo anterior es que la Carta Fundamental precisa que las disposiciones de un tratado no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas sino “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional” (artículo 54, N° 1), inciso quinto). Con ello, además, se reconoce la intervención del derecho internacional tanto en la formación como en la derogación de los tratados;*”²²³.

Del mismo modo, el pensamiento del profesor Humberto Nogueira permite aclarar el punto a través de los siguientes párrafos:

“El Tribunal Constitucional abandonará la perspectiva de que los tratados válidamente incorporados al derecho interno constituyen enunciados normativos con *rango y fuerza de ley*, retomando la perspectiva abandonada del fallo Rol N° 346 de 8 de abril de 2002, en el *considerando duodécimo de la sentencia roles N°s. 2387- 12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, de 23 de enero de 2013*, en la que vuelve a afirmar la ‘*jerarquía supralegal de los tratados internacionales*, con cita expresa al Rol N° 346 de 2002, pero no abandona el paradigma y concepción mental de concebir a los

²²¹ Hasta el año 2000 aproximadamente, la Magistratura Constitucional se pronunciaba favoreciendo la tesis de que los tratados internacionales tenían fuerza de ley. Luego la jurisprudencia fue cambiando sin observar un criterio uniforme sobre la materia, lo que se acentuó con la reforma constitucional del año 2005. De ahí en adelante se llegó a establecer que los tratados tenían una superioridad jerárquica en comparación a la ley, y en otros casos, se falló siguiendo la tesis de que los tratados se encuentran en una posición intermedia, esto es, bajo la Constitución pero por sobre la jerarquía de la ley. ALDUNATE, E. 2010. La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Revista Ius et Praxis*. Año 16 (N°2): pp. 188-189.

²²² NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2013. Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca*. Año 11 (2): pp. 98-99.

²²³ *Ibid.* p. 99. Es por ello que según Nogueira, el Director Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de la época aseveró que en cuanto a la aprobación de un tratado se someterá en lo pertinente a los trámites de la ley, “lo cual deja meridianamente claro que *la Constitución no opera un asimilación entre la naturaleza jurídica de ambos tipos de norma, sino que, reconociendo la especificidad de cada una, hace aplicable a la tramitación legislativa de los proyectos de acuerdo sobre aprobación de tratados las disposiciones sobre formación de las leyes, en lo que sea pertinente, en otros términos, en lo que resulte apropiado*”. *Ibid.* p. 106.

tratados como parte de los enunciados normativos que se sitúan en la gradación de fuentes formales determinadas unilateralmente por el Estado.

Considerando estos vaivenes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos afirmar que el texto constitucional nos lleva a la conclusión de que los tratados internacionales *se incorporan válidamente como tales al ordenamiento jurídico chileno*, una vez cumplidas las formalidades del caso (...) *pasando a ser normas de derecho positivo interno, sin dejar de ser normas de derecho internacional*, siendo de *aplicación preferente* sobre las normas generadas unilateralmente por el Estado, en virtud de lo que dispone expresamente la propia Constitución en su artículo 54 N° 1, inciso 5°, mientras ellos no sean modificados, suspendidos o denunciados conforme a las reglas del propio tratado o conforme a las reglas generales del derecho internacional. (...) Tal perspectiva tiene una excepción que es la intervención del postulado *pro homine* o *favor persona*, que, en materia de enunciados normativos que regulan los atributos y garantías referentes a derechos fundamentales o humanos, debe aplicarse la norma que más los potencia o permite su ejercicio, no importando si ella es de generación de derecho interno o de derecho internacional”²²⁴.

La misma línea de pensamiento es ratificada por Eduardo Aldunate: “Tampoco se asimila la posición de los tratados a los de la ley en cuanto a su fuerza o vigor en el ordenamiento jurídico interno. Al efecto, basta comparar la ausencia de toda disposición al respecto, con la forma en que la Constitución dispone, en el art. 64 i. final, que los decretos con fuerza de ley *estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos a las mismas normas que rigen para la ley*. (...) En una interpretación sistemática no puede omitirse esta circunstancia: allí donde la Constitución ha otorgado fuerza de ley a una fuente del derecho lo ha expresado tanto de este modo (art. 64 i. I) como con una disposición expresa (64 i. final). Nada de esto existe tratándose de un tratado”²²⁵.

²²⁴ *Ibid.* pp. 107-108.

²²⁵ Aldunate explica que si existiera una posible asimilación, esta es solo parcial. “a) La constitución no regula la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico. b) Subyace a la regulación constitucional de los tratados una asimilación parcial con las leyes: b1) En cuanto a su procedimiento de aprobación ante el Congreso, b2) en cuanto a la distribución de competencias entre Presidente de la República y el Congreso, respecto del procedimiento de su aprobación, en razón de la materia (tratados que ‘recaen sobre materias de ley’ requieren de aprobación del Congreso, tratados que no recaen sobre estas materias no requieren dicha aprobación), y b3) en cuanto al procedimiento de control ante el Tribunal Constitucional, también en razón de la materia. c) Esta asimilación no se extiende a los efectos del tratado y a su posición en el ordenamiento jurídico, como resulta del contraste con la disposición del art. 64 CPR”. ALDUNATE, E. 2010. *op. cit.* pp. 196-197 (más adelante el autor termina por concluir en base al análisis descrito que la naturaleza jurídica es normativa, en virtud de la orden presidencial respectiva a través del decreto promulgatorio del tratado internacional, pero que no es posible de ubicarlo en ninguna de las fuentes).

Además de lo expresado, resultaría demasiado simplista concluir que porque el Tribunal Constitucional en algún momento de su jurisprudencia declaró que un tratado internacional era analogable a un precepto legal, esto necesariamente siempre será así²²⁶. En definitiva, asumir una posición como la que se objeta precedentemente, trae más problemas e incertidumbres jurídicas que soluciones, los que se agravan ante la ausencia de una línea jurisprudencial sólida y coherente que permita uniformar los criterios en la interpretación jurídica constitucional.

Resuelto el problema de que el derecho fundamental a la presunción de inocencia está reconocido implícitamente bajo el sustento normativo del artículo 5 inciso 2º de la Constitución, y que este reconocimiento es irreversible²²⁷, pasaremos a explicar la relevancia jurídica y características fundamentales que pueden colegirse de asumir esta proposición.

1.5.4.1. Consecuencias e importancia de su expresa constitucionalización

¿Qué significa afirmar que el derecho fundamental a la presunción de inocencia se encuentre establecido expresamente en nuestra Constitución?

En primer lugar, supone asumir una opción política fundamental, puesto que es un modo de decidirse por aquellos principios y valores esenciales que la comunidad política considera dignos de protección de la persona humana, además de ser una condición necesaria a través de la cual se puede desplegar en forma legítima el poder sancionatorio del Estado. Asumida esta preferencia política central, las consecuencias se hacen visibles en dos ámbitos: constitucional y procesal²²⁸. Desde el punto de vista *constitucional*, la importancia de incluir expresamente la presunción de inocencia dentro del catálogo de derechos fundamentales son las siguientes:

(i) Los derechos fundamentales, y por tanto, la presunción de inocencia, vincula a todos los poderes públicos, de conformidad al artículo 6º de nuestra Constitución Política, la cual consagra el principio de supremacía constitucional. Esto es relevante, toda vez que ningún órgano público, entre los que se encuentra los tribunales de justicia, pueden vulnerar el contenido normativo que expresa la presunción de inocencia en tanto regla de trato, de prueba y de juicio en el desarrollo de un

²²⁶ *Ibíd.* p. 203.

²²⁷ “La irreversibilidad es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de su propio texto o de un tratado internacional, ya que los derechos son inherentes a la dignidad de la persona humana y el texto constitucional sólo los asegura y garantiza”. NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005a. *op. cit.* p. 17.

²²⁸ Esta perspectiva en el tratamiento del tema es una que adopta Mercedes Fernández López. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 202.

procedimiento penal; ni tampoco los órganos legislativos pueden hacerlo, puesto que son los únicos investidos con la facultad para regular a nivel legal el ámbito de actuación de los derechos fundamentales (por lo mismo, al momento de regular o complementar el derecho a la presunción de inocencia, se proscribió afectar su contenido esencial, de conformidad al artículo 19 N° 26 de nuestra Carta Fundamental).

(ii) Los derechos fundamentales son de aplicación inmediata y de eficacia directa, lo que significa que los particulares pueden hacerlos valer ante los tribunales de justicia sin que sea necesario -aunque en la mayoría de los casos si se hace- una regulación legal que habilite formalmente su ejercicio²²⁹ ²³⁰. En este sentido, imponen un imperativo jurídico de aplicación directa dentro del proceso en general, y del proceso penal, en particular. Más adelante discutiremos si esto solo se reduce al campo estricto de las conductas infractoras de normas jurídico penales o si es extensible también, a cualquier ámbito sancionador fuera del Derecho penal, o incluso, fuera de las regulaciones propias del Derecho público.

(iii) La Constitución española establece en el artículo 10.2 lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Chile no tiene una norma constitucional formulada en los mismos términos. No obstante ello, lo más cercano es el *Bloque*

²²⁹ *Ibid.* p. 203. En esto consideramos que el desarrollo legislativo si es necesario sobre todo en aquellas regulaciones de tipos penales que puedan vulnerar la presunción de inocencia, afectando su contenido esencial. Por ejemplo, normas de sanción que se imponen sobre conductas que transgreden el principio de legalidad o tipicidad, o adelantan barreras punitivas creando figuras de peligro sin estas jurídicamente justificadas -desde el principio de lesividad- en consideraciones retributivas o de prevención general, o más aun, establecen figuras de presunciones simplemente legales de culpabilidad. Así, por ejemplo, en España se discutió constitucionalmente el delito del art. 509 del Código Penal que castigaba la tenencia de instrumentos especialmente destinados a ejecutar el delito de robo (un símil en nuestro ordenamiento jurídico punitivo sería el artículo 445 del Código Penal), o en Chile se ha discutido jurisprudencialmente, a nivel constitucional y de tribunales ordinarios, tipos penales en que se presume (o hay una ficción legal) la concurrencia de algunos elementos subjetivos del delito, como lo es el artículo 4° de la Ley 20.000 o la inversión del *onus probandi* en figuras como la del artículo 450 y 454 del Código Penal (al respecto, es interesante destacar un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del 09 de marzo de 2005, el cual “reconoció la derogación tácita del art. 450 inciso 1° del Código Penal por la Constitución posterior, por cuanto dicho precepto altera las normas del *iter criminis*, al imponer la aplicación de la sanción correspondiente al delito consumado cualquiera sea el grado de desarrollo del ilícito y sin admitir prueba en contrario, violando con ello el inc. 6° del N° 3 del art. 19 (cons. 3°, GJ N° 297, 2005, pág. 186)”. SILVA BASCUÑÁN, A. 2006. *op. cit.* p. 161. Cabe preguntarse, por otra parte, si acaso sería necesaria una regulación expresa de las diversas dimensiones procesales y alcances que tiene la presunción de inocencia, más allá de lo ya establecido en el artículo 4° del Código Procesal Penal. Sobre estas consideraciones (que por su extensión no serán tratadas en esta memoria), pueden revisarse: CISTERNAS VELIS, G. V. 2011. *op. cit.* pp. 53-60; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 203. V.t. fallo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal: RIT N° 8-2004. [21 de julio de 2004].

²³⁰ Recordemos que lo que prohíbe la disposición del artículo 19 n° 3 inciso séptimo es que el legislador presuma de derecho la responsabilidad penal, alterando el *onus probandi* hacia la parte acusadora. Lo anterior es aplicable, solo en sede penal, puesto que en la Comisión Ortúzar, explica Silva Bascuñán, “se advirtió que no se impedía al legislador presumir de derecho en materias cuasidelictuales y que sólo su consagración en lo criminal quedaba sujeta a la prohibición (sesión 123, exposiciones de Jaime Guzmán y Enrique Evans, págs. 10, 17 y 19)”. SILVA BASCUÑÁN, A. 2006. *op. cit.* p. 160.

Constitucional de Derechos construido a partir del art. 5° inciso 2° de la Carta Fundamental y del desarrollo progresivo que ha hecho la jurisprudencia nacional en esta materia.

Establecer una consecuencia en este sentido permitiría, por una parte, ampliar el sistema protector de los derechos fundamentales (en la misma dirección que lo hace el texto fundamental español); y por otra, sugerir un criterio básico que condicione la interpretación de las normas jurídicas conforme a la Constitución; reglas que evidentemente deben estar en una conexión lógica y necesaria con la presunción de inocencia y con otros derechos que se relacionen con ella, como la libertad personal, la honra (el buen nombre), y la dignidad de las personas, en general.

(iv) La lesión a los derechos fundamentales abre las vías para que se pongan en ejercicio los instrumentos de garantía y tutela. En el sistema comparado existen distintos mecanismos constitucionales y legales que en Chile no están presentes en caso de conculcar la presunción de inocencia. Así, por ejemplo, en España, “es posible invocar su violación ante los tribunales ordinarios, con carácter preferente y sumario; en segundo lugar, una vez agotadas las vías ordinarias, se puede recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional para la reintegración en el disfrute del derecho (art. 53.2 y 161.1b) CE) y, por último acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es otra de las vías posibles para declarar la vulneración de la presunción de inocencia con base en el artículo 6.2 CEDH”²³¹.

En el caso chileno, en cambio, su infracción sustancial en cualquier etapa del procedimiento penal o en el pronunciamiento de la sentencia, da lugar para impetrar el recurso de nulidad. Con respecto a las posibles vías constitucionales de amparo, la privación, perturbación o amenaza de este derecho fundamental no está garantizada con la Acción de Protección, toda vez que el artículo 20 de la Constitución Política no enumera al inciso séptimo del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental ni al debido proceso como uno de los derechos fundamentales expresadamente protegidos por este mecanismo de garantía constitucional²³². La referencia a este último elemento es importante, toda vez que hay autores que suscriben la tesis que ven a la presunción de inocencia como un componente más de la garantía del debido proceso²³³.

²³¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* pp. 204-205. Colombia también goza de una vía protectora de este derecho fundamental (acción de tutela); BUSTAMANTE RÚA, M. 2012. *op.cit.* p. 19.

²³² En el mismo sentido, véase NAVARRO BELTRÁN, E. 2012. 35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 10 (N° 2): p. 623.

²³³ Sobre esto nos abocaremos en la sección 1.5.5. Solo a modo aproximativo, diremos que uno de los tipos de naturaleza jurídica asignada a la presunción de inocencia, es las de ser un componente o elemento del debido proceso. El ordenamiento constitucional colombiano es un ejemplo de esto (artículo 29 de la Carta Fundamental colombiana). BUSTAMANTE RÚA, M. 2012. *op.cit.* p. 19.

Por último, agotadas las vías internas de impugnación de este derecho fundamental, se podría excepcionalmente llegar hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³⁴, toda vez que el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen a la presunción de inocencia como una de las garantías judiciales mínimas del imputado que se somete a un juicio penal, y ambas convenciones están ratificadas y vigentes en Chile.

Desde el punto de vista estrictamente *procesal*, las expresiones que pueden atribuirse a la presunción de inocencia son las siguientes: (i) principio informador del proceso penal; (ii) regla de trato del imputado durante todo el procedimiento penal; (iii) regla de prueba, exigiendo determinado requisitos en la actividad probatoria para dictar una sentencia condenatoria y (iv) regla de juicio, toda vez que actúa como criterio decisorio en los casos de incertidumbre fáctica²³⁵.

Por último, a modo referencial, transcribiremos un fallo del Tribunal Constitucional de Colombia, el cual pone de relieve lo que hemos venido diciendo:

*“La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado”.*²³⁶

En un sentido similar, el Tribunal Constitucional de Perú ha declarado lo siguiente:

²³⁴ No hay que olvidar que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en innumerables fallos sobre la presunción de inocencia como regla de prueba, regla de trato y regla de juicio. Téngase en cuenta, a modo de referencia: Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Suárez Rosero v/s Ecuador. [12 de noviembre de 1997]; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Herrera Ulloa v/s Costa Rica. [02 de julio de 2004]; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ricardo Canese v/s Paraguay. [31 de agosto de 2004]; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Cabrera García y Montiel Flores v/s México. [26 de noviembre de 2010], entre otros.

²³⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* 209-2010; BUSTAMANTE RÚA, M. 2012. *op.cit.* p. 20. Un breve desarrollo de la regla de juicio está realizado a pie de página en el capítulo II.

²³⁶ BUSTAMANTE RÚA, M. 2012. *op.cit.* p. 18.

“a) *Un derecho fundamental y una presunción iuris tantum*, en tanto que implica que al procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario (...)

b) *Puede ser desvirtuada en función a la actividad probatoria en el marco de un proceso penal.* (...)

c) *Su carácter de relativo justifica la imposición de medidas cautelares personales al imputado.* ‘El derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales –como la detención preventiva o detención provisional–, sin que ello signifique su afectación, porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho; (...)’²³⁷.

1.5.5. Es un componente del debido proceso

Un sector importante de la doctrina procesal y constitucional se hace parte también de la conclusión que esbozamos sobre que la presunción de inocencia está reconocida indirectamente en nuestra Constitución, pero arriba a ésta esgrimiendo razones distintas a las señaladas. En su visión, el derecho fundamental a la presunción de inocencia no se extrae ni del artículo 5 inciso 2°, ni tampoco del artículo 19 n° 3 inciso 7°, todos de la Carta Fundamental, sino a través de la noción de debido proceso que fluye del precepto constitucional acuñado en el artículo 19 n°3 inciso 6° del texto iusfundamental.

Una definición comprensiva de todos los atributos esenciales del debido proceso es la siguiente:

“Conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social. Así entendido, podemos aventurar señalar que el debido proceso es aquel conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de Derecho, y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho de defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad

²³⁷ *Ibid.* pp. 15-16.

de tratamiento de las partes, pudiendo ambas rendir su prueba, y el derecho a recurrir la sentencia emanada de este”²³⁸.

Ya habíamos explicado que la noción de debido proceso proviene de la tradición anglosajona a través de la formulación de la cláusula *due process of law*, la cual se remonta históricamente a la Carta Magna de 1215. Sin perjuicio de ello, la garantía adquirió un verdadero protagonismo recién en 1791, a través de la Constitución Americana que incorporó los “Bill of Rights”. Es en la Quinta Enmienda donde se consagra la garantía de debido proceso legal: “*Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal: ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización*”²³⁹.

Como es posible apreciar, el carácter amplio de esta noción asociada a diversas garantías judiciales -como se la conoce en su formulación más tradicional- aquí no se encuentra presente, si no que en su diseño original está sumamente restringido, según Julián López, “como sinónimo del derecho a ser juzgado por la ley vigente al tiempo de comisión del delito, o como adhesión a ciertos principios del common law que no estaban incorporados en las demás garantías consagradas constitucionalmente”²⁴⁰. Entre nosotros quedaron igualmente arraigadas las influencias de esta larga

²³⁸ MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* p. 29. Para estos profesores, el debido proceso no es solo una garantía de defensa del imputado sino también de la víctima que puede hacer valer sus pretensiones a través de los mecanismos que dispone la ley. Para otros procesalistas, en cambio, una definición tan general, amplia y sin ninguna especificidad como la descrita trae más problemas que soluciones, toda vez que su contenido dependerá de las disímiles interpretaciones discrecionales que puedan realizarse a partir de los enunciados generales mencionados. En este sentido, VALENZUELA, J. 2015. *op. cit.* p. 122.

²³⁹ Sobre esta cláusula, Méndez Longoria señala: “Comenzando a mediados de los años 60, la Corte comenzó a aplicar a los procedimientos penales estatales algunas de las garantías procedimentales que la Carta de Derechos (Bill of Rights) otorga a los acusados en los procedimientos penales federales. Las garantías que más se destacan son las de ser asistido o representado por un abogado, la garantía a un juicio con jurado en casos que no se refieren a delitos menores, a confrontar los testigos del Estado, a promover pruebas refutando los cargos, a no declararse culpable, y a ser absuelto salvo en el caso de que se pruebe la culpabilidad más allá de una duda razonable”. MÉNDEZ LONGORIA, M A. 2007. Los principios del proceso penal estadounidense y el caso de Michael Jackson [en línea]. Cuadernos unimetanos. Septiembre, 2007, (N° 11). <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3997657>> [consulta: 22 septiembre 2016], p. 141.

²⁴⁰ LÓPEZ MASLE, J. 2006. Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas. En: BORDALÍ, A. (coordinador). Justicia constitucional y Derechos Fundamentales. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. pp. 185-195. Originariamente las garantías típicas relacionadas con el juez independiente e imparcial o con el derecho a la defensa, no estaban incorporadas al *due process of law*. Para el autor, la valorización y el reconocimiento expreso de la cláusula del debido proceso en el derecho comparado ocurre en 1868 con la Decimocuarta Enmienda de 1868 a la Constitución Norteamericana. En palabras del autor: “La incorporación de esta cláusula dio origen a tres líneas interpretativas en la Corte Suprema Norteamericana, todas las cuales suponen que la cláusula del debido proceso transfiere garantías desde el sistema

evolución histórica del derecho anglosajón, estructurándose en el antecedente más directo para la elaboración de la Constitución Política de 1980. Esto se pone de relieve en el artículo 19 n° 3 inciso 6° el cual dispone:

“La Constitución asegura a todas las personas:

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”.

De este modo es que se incorporó al elenco de los derechos y deberes constitucionales. Ahora bien, esto no fue un hallazgo de nuestra tradición jurídica constitucionalista del siglo XX. En efecto, es posible encontrar algunas reseñas históricas sobre los elementos del debido proceso en las anteriores Constituciones chilenas (desde el Reglamento Constitucional de 1812 hasta la Constitución de 1925²⁴¹).

Las bases esenciales conforme a las cuales debe sujetarse todo procedimiento son las bases de un debido proceso. Esto fue especificado por la Comisión Ortúzar a través del comisionado Alejandro Silva Bascuñán: “(...) planteamos la necesidad de consagrar la existencia de un juicio legal, puntualizando que esta expresión ‘significa un juicio en que la persona afectada tenga derecho de concurrir ante el tribunal, de defenderse y de disponer de los recursos suficientes para hacer, en verdad, una defensa eficaz y cierta’”²⁴². Entre nosotros, queda constancia también que la cláusula relativa al debido proceso fue recogida desde la tradición jurídica anglosajona, toda vez que el profesor universitario José Bernal fue invitado por la Comisión para exponer justamente el tratamiento de esta

federal al estatal, difiriendo solo en la intensidad y características de esta transferencia. (...) es precisamente esta ubicación de la cláusula del debido proceso, como vehículo para la transferencia de derechos fundamentales desde el sistema federal al sistema estatal, y su aceptación como principio de contenido indeterminado, integrador de numerosas otras garantías procesales (e incluso sustantivas) la que ha dotado al principio del debido proceso de su rol clave en el derecho constitucional norteamericano”. *Ibid.* p. 186.

²⁴¹ “En efecto, el Reglamento Constitucional de 1812 indicaba que ‘ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley’. A su vez, la Constitución Política de 1818 establecía que nadie ‘debe ser castigado o desterrado, sin que sea oído y legalmente convencido de algún delito contra el cuerpo social’. Por su lado, la Carta de 1822 preceptuaba que ‘toda sentencia civil y criminal deberá ser motivada’. La Constitución moralista de Egaña, de 1823, aseguraba el derecho a la primera instancia y a una apelación. Mientras que la Carta liberal de 1828 reconocía la jurisdicción sólo respeto de ataques a la sociedad o perjuicio de terceros. Finalmente, como se ha señalado, tanto las Constituciones de 1833 como la de 1925 -las que más tuvieron vigencia- enfatizaban más bien las garantías de la seguridad y libertad personal”. NAVARRO BELTRÁN, E. 2011. El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *En*: Litigación Pública. Colección Estudios de Derecho Público de la Universidad de los Andes. Santiago, Chile. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile. pp. 11-12.

²⁴² SILVA BASCUÑÁN, A. 2002. Tratado de Derecho Constitucional. Poder Judicial. Ministerio Público. 2° edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, Tomo VIII. p. 77.

figura en el *common law*²⁴³. De su exposición puede concluirse que los elementos que configuran un racional y justo procedimiento son los siguientes:

“1) Notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado;

2) Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen;

3) Sentencia dictada en un plazo razonable;

4) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo, y

5) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva”²⁴⁴.

Sin perjuicio de esto, en la Carta Fundamental no se enumeraron los presupuestos mínimos que componen un proceso racional y justo, con el objetivo de precaver el riesgo de incurrir en omisiones o imprecisiones. Antes bien, lo que hizo la Comisión y que más tarde fue ratificado por el Consejo de Estado sin mayores modificaciones, fue conceder un mandato amplio al poder legislativo para que fuera éste quien delimitara las garantías mínimas e ineludibles de un procedimiento racional y justo (sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”²⁴⁵). Esta constancia expresa fue a solicitud del mismo

²⁴³ Un fragmento de su exposición en la sesión 101 reza de la siguiente manera: “Cuáles son estos principios que vienen desde tiempos inmemoriales? (...) primero, noticia al demandado del procedimiento que lo afecta. Es decir, lo que en Chile se denomina notificación. En seguida, razonable plazo para comparecer y exponer sus derechos por sí o por testigos. A continuación, presentación de éstos y de cuantos medios de prueba disponen en apoyo de su defensa. O sea, lo que en nuestro país se llama emplazamiento. Para aquellos es importante sobre todo la posibilidad de aportar la prueba, y que el tribunal la reciba en forma legal. Pero esto debe ser racional. Lo que importa a los americanos principalmente es fijar principios racionales, que se dé noticia en forma racional (...) En seguida, un tribunal constituido de tal manera que se dé una seguridad razonable de honestidad e imparcialidad (...) Después tribunales con jurisdicción, competencia adecuada (...) En seguida, el principio aplicado a la prueba. La libre aportación de prueba y que una persona tenga el derecho a aportarla. Otra conquista procesal notable también podría consignarse en la Constitución es el de la fundamentación de los fallos (...) Otro principio sería el derecho a los recursos legales con posterioridad a la sentencia, que tiene evidentemente algunas derogaciones por el hecho de que pudieren haber tribunales de primera instancia colegiados que eliminen la necesidad de los recursos”. NAVARRO BELTRÁN, E. 2011. *op. cit.* p. 13.

²⁴⁴ Aquí se transcriben literalmente los elementos que el profesor Evans resumen en su obra “*Los Derechos Constitucionales*” y que son citados por el tratadista Silva Bascuñán. SILVA BASCUÑÁN, A. 2002. *op. cit.* pp. 77-78.

²⁴⁵ NAVARRO BELTRÁN, E. 2011. *op. cit.* p. 16. El Tribunal Constitucional observa en una seguidilla de fallos la misma posición plasmada en la historia fidedigna de la norma constitucional. “(...) se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”. *Ibíd.* pp. 23-24.

comisionado Silva Bascuñán, al criticar que la redacción del precepto constitucional fuera tan flexible e indeterminada²⁴⁶. En efecto, lo mínimo a lo que debiera estar sujeta una sentencia basada en un previo procedimiento que se considere justo y racional es que garantice, según el tratadista, un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de actividad probatoria²⁴⁷.

Por su parte, los académicos nacionales dedicados al estudio de la ciencia procesal indican como garantías mínimas para un procedimiento y una investigación racional y justa, las siguientes²⁴⁸:

- Que el proceso se desarrolle ante un juez independiente e imparcial.
- Que se realice ante el juez natural preconstituido por la ley
- Reconocimiento del derecho de acción y de defensa.
- Garantía del derecho a un defensor.
- La expedita resolución del conflicto.
- La publicidad de las actuaciones.
- La existencia de un contradictorio.
- La rendición de prueba.
- La igualdad en el tratamiento de las partes.
- La resolución del conflicto penal mediante una sentencia fundada.
- Derecho a recurrir la sentencia que no emanen de un debido proceso.

²⁴⁶ “le parece más lógica que en lugar de hacer una simple mención, como garantía del proceso, a la racionalidad y a la justicia, que son términos precisamente susceptibles de ser manejados con diversos criterios, se definiera la descripción de qué se entiende sustancialmente por proceso racional o justo”. *Ibíd.* pp. 13-14. En contra de esta posición argumentada en la sesión 103ª, los comisionados Ortúzar y Evans. El último, por ejemplo, señaló: “es muy difícil señalar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, porque es un convencido de que ellas dependen de la naturaleza del procedimiento y de todo el contenido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de la prueba y los recursos dependen, en gran medida, de la índole del proceso, del asunto de que se trata, e insiste, de la naturaleza del procedimiento que para este último haya establecido la ley”. *Ibíd.* p. 14.

²⁴⁷ *Ibíd.* p. 15.

²⁴⁸ En este apartado se mencionan los elementos que describen Cristián Maturana y Raúl Montero en su manual. MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* pp. 30-31. Si se revisa el completo trabajo de Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez, ellos tampoco enuncian a la presunción de inocencia como un componente más del debido proceso. De hecho, en la introducción de su trabajo afianzan la idea de que si bien aquella puede ser una manifestación más de la cláusula, se trata de una garantía independiente a través de la cual nuestra Magistratura Constitucional le ha dedicado extensos capítulos en la jurisprudencia. GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. 2013. *op. cit.* p. 230.

Estos elementos articulan los presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento judicial, lo que es coherente con que cada una de las autoridades actúe dentro de los límites de sus propias actuaciones, tal como lo dispone el artículo 6° y 7° de la Carta Fundamental. Cabe destacar que estos factores que en conjunto constituyen la garantía del debido proceso también han sido utilizados por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia. En efecto, la Corte Suprema en el fallo Rol N° 53-2016, del 23 de febrero de 2016, establece:

“Respecto de la otra garantía constitucional que se acusa conculcada, que la noción de ‘debido proceso’ está constituida por un conjunto de parámetros o condiciones que asegure razonablemente a todos quienes intervienen en un proceso, especialmente tratándose de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial, que puedan manifestar sus puntos de vista y controvertir los de la contraparte con las garantías que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho.

Sobre la materia, esta Corte ha señalado que conforma la idea de un procedimiento racional y justo, lo siguiente: 1) Notificación y audiencia del afectado; 2) Presentación de las pruebas, su recepción y examen; 3) Sentencia dictada en un plazo razonable y por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y 4) Posibilidad de revisión de lo decidido por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva; y ha indicado que en la doctrina nacional es pacífico que el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución Política de la República asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales; el derecho a la acción; el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria; el emplazamiento; la adecuada asesoría y defensa con abogados; la producción libre de pruebas conforme a la ley; el examen y objeción de la evidencia rendida; la bilateralidad de la audiencia; la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores; y el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legales y debidamente fundamentados conforme al régimen jurídico vigente o, en su defecto, a los principios generales del derecho y equidad natural. (Nogueira Alcalá, Humberto, *“Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”*, Tomo II, Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2008, p. 231 y 281-283)”²⁴⁹.

El mismo fallo establece en su voto de minoría, redactado por el ministro Sr. Muñoz, lo siguiente:

“1°.- Que en lo referente a la garantía del debido proceso, se trata de un derecho sobre el cual existe actualmente coincidencia en que es el resultado de una larga evolución histórica en el sistema

²⁴⁹ Considerando 4° SCS: Rol N° 53-2016. [23 de febrero de 2016].

del *common law*, que tendría sus orígenes en la Carta Magna Inglesa de 1215. Ella establecía la prohibición de que un hombre fuera privado de su libertad o de sus bienes, o perjudicado de cualquier forma sino en virtud del juicio legal de sus pares o de la Ley del Territorio (Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas, Julián López Masle, monografía contenida en la publicación Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Andrés Bordalí Salamanca (coordinador), Legal Publishing, año 2009, pág.182).

Incorporado en Chile mediante el texto de la Constitución de 1980, cabe resaltar que los comisionados entendieron el debido proceso como un principio que comprendía múltiples otras garantías judiciales y consideraron favorablemente la posibilidad de que su consagración cumpliera una función integradora de los derechos fundamentales. Siguiendo esa línea, se prefirió un concepto cuyas precisiones pudieran ir evolucionando de acuerdo con el tiempo y ser recogidas y precisadas por la jurisprudencia. Con el ingreso al ordenamiento jurídico nacional de la Convención Americana de Derechos Humanos (publicada en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado con fecha 29 de abril de 1989), se reunió un extenso catálogo de garantías judiciales, que aparecen enunciadas, como tales, en dichas convenciones, descritas con precisión y especificidad. La reforma procesal penal, a propósito del derecho a un debido proceso, convirtió en función central de la judicatura asegurar el respeto de los derechos fundamentales a través de diversos sistemas de control, preventivos y correctivos, inmersos en distintas normas del Código Procesal Penal. (...)”²⁵⁰.

De lo detallado en los párrafos precedentes es fácil advertir que *no hay referencias expresas a la presunción de inocencia*, tanto en el diseño original de nuestra Norma Fundamental como en sus continuas reformas constitucionales, que permitan concluir que sea uno de los presupuestos o condiciones necesarias para el establecimiento de un debido proceso. Con la reforma del precepto en el año 1997 se incorporó, como corolario de la creación del Ministerio Público, la exigencia de que la investigación sea racional y justa, sin embargo, tampoco se mencionó en esa modificación constitucional el derecho en comentario²⁵¹.

²⁵⁰ Considerando 1° SCS: Rol N° 53-2016. [23 de febrero de 2016].

²⁵¹ Es más, si uno revisa el Tomo VIII “Poder Judicial. Ministerio Público” del Tratado de Derecho Constitucional de Alejandro Silva Bascuñán -texto que como hemos visto es uno de obligada consulta-, la única referencia a la presunción de inocencia no la hace a propósito del artículo 19 n° 3 inciso 6° sino en relación al Ministerio Público, hablando -erróneamente- del principio de “imparcialidad” (cuando en estricto rigor se trata del de “objetividad”) como criterio de actuación del órgano persecutor. Es del caso recordar aquí lo que expresa el citado informe de la comisión del Senado de 8 de abril de 1997: “Se dejó constancia de que las atribuciones que la Constitución y la ley orgánica constitucional entreguen al Ministerio Público en razón de su función investigadora no importan de ninguna manera alterar el principio universalmente aceptado de presunción de la inocencia: no es el investigado quien debe acreditar que no le cabe responsabilidad penal, sino el fiscal quien debe

Sin perjuicio de esto, igualmente hay una porción de la literatura especializada nacional y comparada que construye jurídicamente el derecho fundamental a la presunción de inocencia como una condición ineludible de esta garantía procesal. Alex Carocca es uno de ellos, toda vez que presupone que este derecho “es la garantía que preside la aplicación del nuevo proceso penal, porque precisamente el que toda sentencia deba ser producto de un proceso previo legalmente tramitado, obliga a que mientras él no concluya la persona sea tenida como inocente para todos los efectos legales”²⁵². Se adhiere a este parecer Jorge Correa Selamé, por cuanto considera que uno de los elementos que permiten dilucidar si se cumple o no con el precepto constitucional del debido proceso, es precisamente la presunción de inocencia²⁵³. También el profesor Orlando Poblete Iturrate es de la opinión de que dentro del mandato que otorga el constituyente al legislador para establecer las garantías de un procedimiento e investigación racional y justa, era claro que la presunción (o estado) de inocencia estaba dentro de estos componentes²⁵⁴.

Por su parte, desde una óptica constitucionalista, Giovanni Cisternas nos ilustra cómo es que este derecho, tantas veces desarrollado por innumerables fallos de la Magistratura Constitucional, ingresa a la Constitución y encuentra cobijo normativo a través del debido proceso y la protección de la dignidad humana²⁵⁵. De la misma manera Ignacio Barrientos Pardo²⁵⁶ y en el derecho constitucional colombiano, Mónica Bustamante Rúa²⁵⁷.

A. Nuestra opinión

¿Estamos de acuerdo con esta proposición que atribuye a la presunción de inocencia la naturaleza jurídica de ser un elemento integrador del debido proceso? Creemos que no. La contribución que entrega la figura del debido proceso para explicar la presunción de inocencia no es sustancial ni pertinente por las siguientes razones.

probar lo contrario, si es el caso”. SILVA BASCUÑÁN, A. 2002. *op. cit.* p. 216. Sin perjuicio de ello, en el Tomo XI “De los derechos y deberes constitucionales” alude en un pequeño párrafo a lo siguiente: “Aunque el constituyente de 1980 eliminó, en el texto del precepto que estudiamos, el derecho a la presunción de inocencia, creemos que dicho principio está incluido en el del debido proceso, el cual garantiza a toda persona que la ley establecerá un ‘procedimiento y una investigación racionales y justos’”. SILVA BASCUÑÁN, A. 2006. *op. cit.* p. 161. En cualquier caso, no se detiene a explicar en qué consistiría este elemento.

²⁵² CAROCCA PÉREZ, A. 2005. *op. cit.* p. 95.

²⁵³ CORREA SELAMÉ, J. 2005. Curso de derecho procesal penal. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago., p. 25.

²⁵⁴ POBLETE ITURRATE, O. 1998. *op. cit.* p. 29.

²⁵⁵ En su interpretación, el autor cita los siguientes fallos del Tribunal Constitucional chileno: STC: Rol N° 519-2006. [05 de junio de 2017]. (considerando 42); STC: Rol N° 825-2007. [06 de marzo de 2008]. (considerando 24); STC: Rol N° 829-2007. [06 de marzo de 2008]. (considerando 24). Véase CISTERNAS VELIS, G. V. 2011. *op. cit.* p. 54.

²⁵⁶ BARRIENTOS PARDO, I. 2011. *op. cit.* pp. 259-260.

²⁵⁷ “Una de las consecuencias más importantes del derecho fundamental de la presunción de inocencia – componente del debido proceso constitucional -, es la consecuente necesidad de acreditar debidamente la culpabilidad del acusado para dictar sentencia condenatoria, por ello se afirma que “es aquí donde cobra todo su sentido la expresión *prueba más allá de toda duda razonable*”. BUSTAMANTE RÚA, M. 2012. *op. cit.* p. 31.

Basándonos en las premisas sostenidas por el trabajo del profesor Julián López, en la cual desarrolla la evolución histórica que ha tenido este principio y la influencia que ha tenido en el derecho comparado y chileno, creemos que la garantía del debido proceso ha cumplido una doble función que solo es representativa de la realidad jurídica de Estados Unidos. La primera, es una función de integración de otros derechos fundamentales; la segunda, dice relación con generar reglas de persecución penal²⁵⁸. Solo nos ceñiremos a la primera de estas funciones puesto que versa sobre el tema que estamos desarrollando.

El avance que tuvo esta función en Estados Unidos no es la misma que tuvo en Chile. Si en Estados Unidos, tal como dijéramos más arriba, su fijación estuvo marcada por una transferencia de derechos fundamentales desde el sistema federal al sistema estatal que permitiera cumplir un rol integrador de diversas garantías procesales, en Chile esta función termina siendo trivial. Y lo es por dos razones. En primer lugar, por el carácter restringido que la misma Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política quiso atribuirle a esta garantía al momento de redactar el precepto constitucional, y en segundo lugar, por la Ley de reforma constitucional del año 1989 que modificó el artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental y que con ello incorporó a los tratados internacionales (entre los que se destacan los de Derechos Humanos) a nuestra legislación vigente, integrándose a nuestro sistema jurídico un elenco extenso de derechos y garantías judiciales que no pueden ser obviados y que de hecho, están continuamente ejerciéndose²⁵⁹. En efecto, la falta de regulación constitucional de esta figura no es óbice para que sea reconocida y defendida a través de los instrumentos internacionales que el Estado de Chile ha suscrito.

En los términos del profesor Julián López: “El resultado de lo anterior es evidente: incorporado a nuestro derecho interno un extenso catálogo de garantías de este orden, que se sitúan a la par de la fórmula del ‘justo y racional procedimiento’, la función integradora de este último se convierte en superflua. Allí donde las garantías judiciales que podrían ser integradas tienen un reconocimiento autónomo, el aporte que puede hacer la cláusula del debido proceso resulta prácticamente nulo”²⁶⁰.

De hecho, si uno revisa las convenciones internacionales suscritas por nuestro país, específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de

²⁵⁸ LÓPEZ MASLE, J. 2006. *op. cit.* p. 181.

²⁵⁹ “Esa modificación constitucional (...) iba a incorporar en el derecho chileno un extenso catálogo de *garantías judiciales*, que aparecen enunciadas, como tales, en dichas convenciones, descritas con la misma precisión y especificidad que los constituyentes habían evitado al optar por la ‘expresión escueta’ tantas veces mencionada”. *Ibíd.* p. 193. Otra porción de la doctrina nacional ve en los instrumentos internacionales una forma más de expresar la protección de los derechos de las personas, pero cuyo contenido es tan amplio que necesita “ser descompuesto en “sub principios” que permiten concretar el contenido de estos derechos para los ciudadanos”. Uno de estos subprincipios sería precisamente la presunción de inocencia. VALENZUELA, J. 2015. *op. cit.* pp. 124-125.

²⁶⁰ LÓPEZ MASLE, J. 2006. *op. cit.* p. 207.

Derechos Humanos, la presunción de inocencia está en un enunciado distinto al de las garantías judiciales mínimas a las cuales toda persona tiene derecho en un proceso judicial. Ahora bien, debemos precisar que esto no significa que no nos deba importar el aporte que en otras esferas ha entregado la garantía procesal en cuestión. Simplemente quiere decir que para el caso de la presunción de inocencia, ésta ya estaría cubierta por los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

Es por lo anterior, que la opinión sostenida en esta memoria es que la presunción de inocencia junto con ser un *principio cardinal del proceso penal chileno* es a la vez un *derecho fundamental* que de acuerdo al artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental, está reconocido indirectamente en nuestro ordenamiento jurídico, el que si bien, está relacionado con aquellos elementos a los cuales todo proceso debe ajustarse para tenerse por “debido”, es autónomo y como tal, goza de una funcionalidad propia.

Cabe advertir que esto no modifica en nada la idea de que un procedimiento será justo y racional en la medida que el legislador establezca las condiciones mínimas para que el ejercicio de la función jurisdiccional pueda desarrollarse en un contexto probatorio racional, dentro del cual -ineludiblemente- deberá observarse la presunción de inocencia²⁶¹.

1.5.6. Otras opiniones aisladas

Antes de entrar a estudiar y determinar la naturaleza jurídica *procesal* del concepto, esto es, determinar si frente a la presunción de inocencia estamos realmente ante una *presunción* en sentido estricto, pasaremos a revisar someramente otras opiniones jurídicas diferentes a las que hemos analizado anteriormente.

El distinguido abogado chileno Juan Agustín Figueroa Yávar en un artículo de opinión publicado en la Revista del Abogado del año 2006, estima que la presunción de inocencia es una ficción legal. Dado que “la inocencia no es un hecho constatable, sino que es una situación jurídica residual”²⁶², la presunción no puede sino ser una ficción legal que produce consecuencias jurídicas, una de las cuales es el efecto procesal de imponer la carga de la prueba en el ente persecutor²⁶³. Lo relevante de describir esta posición es la capacidad explicativa que brinda al poder conectarla con el

²⁶¹ VALENZUELA, J. 2015. *op. cit.* p. 136.

²⁶² FIGUEROA YÁVAR, J. A. 2006. La Presunción de Inocencia. ¿Una ficción legal que acarrea consecuencias jurídicas? Revista del Abogado (N° 37): p. 55. En un sentido similar, Manzini también es parte de los autores que consideran que la presunción de inocencia no es una presunción en sentido estricto, sino que, en sus términos, “se trataría, a lo más, de una ficción, si algo parecido hubiera en nuestro derecho positivo como sueñan algunos”. MANZINI, V. 1952. *op. cit.* p. 256.

²⁶³ O en sus palabras “(...) carga con el peso de la prueba a quien sustenta la tesis de la existencia del ilícito penal y de la participación culpable”. FIGUEROA YÁVAR, J. A. 2006. *op. cit.* p. 55.

valor de la verdad, puesto que si es una ficción, habría detrás de la presunción de inocencia una apariencia relativa de verdad, pero no sería más que una simple apariencia²⁶⁴. Más adelante resolveremos el problema acerca de si la presunción de inocencia está emparentada con fines epistemológicos o no.

Lo cierto es que en nuestra opinión la presunción de inocencia no puede ser una ficción, porque más allá de que estas ficciones que asume el legislador persigan un propósito práctico²⁶⁵, una declaración de culpabilidad (probatoria) que desvirtúe la consideración inicial de inocencia no puede ser tomada en serio si está basada en una invención. Si esto fuera así, crearíamos tantas ficciones como problemas de incertidumbre tuviéramos, y por tanto, nunca podríamos vencer esta ficción, en la medida en que no se puede vencer algo que no existe. Al contrario, los sistemas jurídicos penales vigentes propician que en este caso -la ficción de la presunción de inocencia- si pueda ser derrotada. Por otro lado, en las palabras de Montañés: “(...) como señala VÁZQUES SOTELO, las ficciones se fundan en un aprovechamiento de las ‘no verdades’, tomando algo que no existe como si realmente hubiere existido, mientras que en las denominadas verdades interinas [denominación según creemos puede corresponderse con los efectos que genera la presunción de inocencia] que se fundan en la experiencia en general y no en la ficción, el legislador se limita a anticipar o sentar esa verdad pero con un carácter eventual y solo para el caso de que no se pruebe lo contrario”²⁶⁶.

Desde la tipología de las presunciones en el Derecho continental, asumir que es una ficción legal sería equipararla conceptualmente a una *presunción absoluta*. Una presunción absoluta o *iuris et de iure* es aquella norma que atribuye una consecuencia jurídica a un estado de cosas que no admite prueba en contrario. Esta es la conclusión que puede inferirse del trabajo de Raymundo Gama al señalar que “la doctrina ha diferenciado tradicionalmente estas dos figuras diciendo que las ficciones obligan a dar por cierto un hecho reconocidamente falso, mientras que las presunciones absolutas dan por cierto un hecho posible y eventualmente probable”²⁶⁷. Más allá del contenido que pretende proyectar esta verdad “aparente “o decididamente “ficticia”, tanto las presunciones absolutas como las ficciones que impone el legislador imponen el mismo efecto jurídico: tener por cierto a “X” a pesar de que se despliegue actividad probatoria que concluya “no-X”. Si esto es así, decir que la presunción de

²⁶⁴ *Ibid.* p. 55. Según la Real Academia Española el término “ficción” en su segunda acepción, significa “invención, cosa fingida”. Evidentemente no puede tener pretensión de ser verdadero algo que por definición no es real o se inventa. Real Academia Española. 2017. [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=HqnhtmK>> [consulta: 01 de octubre 2017].

²⁶⁵ Así, por ejemplo, la presunción de conocimiento de la ley una vez que es publicada -haciendo inexcusable alegar su desconocimiento e ignorancia- persigue un propósito esencialmente práctico (la de aplicar la ley evitando que ésta pierda su imperio) además de ser una exigencia de seguridad jurídica para que esta no devenga en ilusoria.

²⁶⁶ MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op. cit.* pp. 37-38. El paréntesis es nuestro.

²⁶⁷ GAMA LEYVA, R. 2013. Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. *Revista de Estudios de la Justicia* 19 (2º semestre 2013): p. 79.

inocencia es una ficción legal supone siempre aceptar como correcto la inocencia de las personas - imputados- a pesar de que durante el procedimiento se haya reunido evidencia robusta y contundente que concluya la culpabilidad en el juicio penal. Esto, a nuestro juicio, parece no ser plausible a la luz de los principios y reglas que regulan el ordenamiento procesal penal chileno.

También hay otro grupo de autores que descartan que la presunción de inocencia sea un principio, una garantía o un derecho, sino más bien una regla cuya aplicación en su vertiente probatoria permite *disolver la incertidumbre*. Este punto lo trataremos con detalle en el apartado 1.6.3. de este capítulo.

Solo para hacernos una idea general, la presunción de inocencia obliga a que en un caso de incertidumbre epistémica tomemos una decisión judicial que prefiera la absolución del imputado. Y eso, puesto que es una regla de prueba y de juicio que estimula la actividad probatoria del ente persecutor con miras a desvirtuar la inocencia del imputado que lo beneficia procesalmente. Si esta producción de evidencia no se produce, o produciéndose, no es suficiente para superar aquel umbral mínimo de suficiencia que permita tener por probado la “no-inocencia”, hay que tomar una decisión, y esta decisión es la que hace prevalecer la absolución antes que la condena en un juicio penal. En las palabras del profesor Jonatan Valenzuela, “esta sencilla operación descarta una serie de argumentos en virtud de los cuales existe algo así como ‘aplicación de principios’, o por los cuales se haría ‘patente de manera directa una garantía’, entre otros”²⁶⁸.

Él mismo descarta la posibilidad de que también sea un derecho fundamental: “El propio Ferrer advierte que este derecho suele solaparse con otros derechos más específicos. Creo que lo que hay aquí es un argumento para que la presunción de inocencia no sea considerada un derecho, pues parece ser que tenemos derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, al acceso a la justicia, entre otros. La presunción de inocencia en realidad parece ser una construcción que sugiere la relevancia de estos derechos en el ámbito de los *juicios imputativos*, es decir, relaciona la existencia de derechos subjetivos con la manera en que se llevan a cabo las imputaciones, ya sea dentro o fuera de un proceso”²⁶⁹.

En nuestra interpretación del trabajo de Ferrer donde se refiere a este punto²⁷⁰, éste autor solo estaría haciendo una sucinta referencia introductoria a una de las dimensiones extraprocesales de la

²⁶⁸ VALENZUELA, J. 2013. Inocencia y razonamiento probatorio. Revista de Estudios de la Justicia (Nº 18, 1º semestre 2013): p. 18.

²⁶⁹ VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 59.

²⁷⁰ Jordi Ferrer crítica la construcción jurisprudencial que ha elaborado el Tribunal Constitucional español respecto a asignarle a la presunción de inocencia un carácter poliédrico. Para Ferrer, sería irrelevante que algunas de las dimensiones de este

presunción de inocencia que ya la misma Constitución española abarcaría a través de otros derechos fundamentales que estarían amparados por una protección “más operativa” que lo que la presunción de inocencia pudiera ofrecer. Esto es cierto respecto de las repercusiones extraprocerales (fuera del proceso en sí mismo) que pudiera tener el imputado en su vida diaria con el tratamiento que recibe de estructuras ajenas a las del sistema procesal penal (v.gr. medios de comunicación), pero esta incidencia en caso alguno conlleva a desconocer que sí pueda ser reconocida a la presunción de inocencia como derecho fundamental, cuyas manifestaciones se despliegan intraprocesalmente a través de todo el sistema de enjuiciamiento criminal, cuestión que -creemos- nada tiene que ver con los restantes derechos fundamentales que aseguran y reconocen diversas Cartas Fundamentales.

Desde otro punto de vista, genera curiosidad la postura presentada por Jordi Nieva en su libro “*La duda en el proceso penal*”. En este, luego de hacer un extenso repaso de los orígenes y el desarrollo que ha tenido la presunción de inocencia, se dedica a formular interrogantes que contribuyan a determinar la naturaleza jurídica de ésta. Aceptando que es una piedra angular del proceso penal liberal democrático, le adscribe además el sentido de ser una regla diferente a todo lo visto anteriormente.

En efecto, para Nieva la presunción de inocencia sería una *regla admonitiva* del juicio jurisdiccional. En sus términos, es “una especie de norma de valoración de la prueba, aunque admonitiva”²⁷¹ -sin explicar de manera clara qué entiende por este calificativo- cuya finalidad ulterior es desterrar del juicio jurisdiccional cualquier prejuicio social de culpabilidad que pudiera existir en contra del imputado. El sentido de esta regla es entonces otorgarle al juez penal algunas recomendaciones para resolver el *dubium*, que es lo que en esencia determina al juicio de fondo, y que para este caso en particular, la recomendación -más bien, obligación legal- sería inclinarse por la inocencia (siempre que esté debidamente motivada a través de las razones que justifican la sentencia²⁷²).

El momento en que la presunción de inocencia dejó de ser una norma de prueba legal y pasó a ser una regla admonitiva ocurrió, según Nieva, cuando “se alzó la prohibición de condenar a través de las presunciones, desde luego, pero creo que es justo reconocer y subrayar el destacado papel que en

instituto (específicamente, el autor está aludiendo a su dimensión extraprocesal) quisieran abarcar algunos elementos que ya están contenidos por otros derechos fundamentales, v.gr., el honor, la honra, entre otros. FERRER, J. 2010b. *op. cit.* p. 4-5.

²⁷¹ NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 72.

²⁷² “Pero tampoco consiente que sean dudosas las sentencias absolutorias, y por ello, situando a la presunción de inocencia como principio informador del proceso penal y como derecho fundamental del reo, obliga a los jueces a motivar sin matices la inocencia, sin escudarse en la falta de pruebas sino interpretando que es esa deficiencia probatoria lo que evidencia la inocencia”. *Ibid.* p. 74.

ello tuvieron dos factores: el análisis del concepto de ‘duda razonable’, así como la humanización del proceso en general aboliéndose las normas de prueba legal”²⁷³.

Por último, algunos más escépticos prefieren prescindir de esclarecer la discusión sobre la naturaleza jurídica de esta figura y renuncian a tomar una postura clara²⁷⁴.

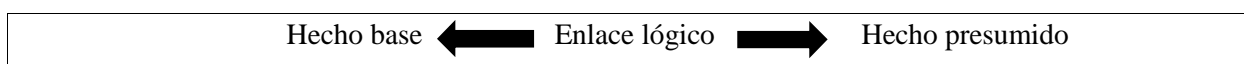
1.5.7. En sentido estricto, (no) es una presunción

En lo que sigue, corresponde determinar la naturaleza jurídica procesal que contiene a la presunción de inocencia.

Para comenzar, debemos señalar que esta regla, más allá de la etiqueta procesal que lleva consigo (el de ser una “presunción”), no es técnicamente una presunción. Y no lo es por las siguientes razones.

La estructura característica de una presunción es la siguiente²⁷⁵:

- | | | |
|------------------------------------|---|--|
| (i) Hecho base: X | } | Si está probado X, entonces se presume Y, siempre que no existan buenas razones para pensar que no-Y (presunción <i>iuris tantum</i>) |
| (ii) Hecho presumido: Y | | |
| (iii) Enlace lógico entre ambos: Z | | |



²⁷³ *Ibíd.* p. 75.

²⁷⁴ Así, por ejemplo, el tratadista Rafael Fontecilla citando en su obra a otro autor: “Por su parte, Jorge Clariá Olmedo enseña que sea que se lo plantee como presunción o como estado de inocencia, formulado positiva o negativamente, lo cierto es que este principio coloca a todo sujeto en situación de no culpable mientras una sentencia firme conclusiva de un proceso regular y legal no lo declare tal, como consecuencia de haberse demostrado la culpabilidad, es decir, de haberse destruido por el juzgador, sobre la base de las pruebas del proceso, la ‘presunción’ o estado de inocencia”. FONTECILLA, R. 1978. *op. cit.* p. 445.

²⁷⁵ En los estudios de la argumentación jurídica la presunción forma parte de una implicatura conversacional conocida como “acto de habla”, cuya función es, según una escuela de pensamiento, establecer un mecanismo cognitivo que provee información socialmente aceptada para el desarrollo de una adecuada comunicación dialéctica. Este razonamiento presuntivo obedece a un razonamiento inferencial basado en la siguiente estructura: (i) “Un principio presuntivo de importancia genérica; (ii) Caso particular subsumido bajo este principio; (iii) Presunción particular; (iv) Determinación de no-excepcionalidad; (v) Conclusión específica”. Si uno revisa este esquema no es nada tan distinto a la estructura diseñada más arriba. “La presunción como acto de habla en la argumentación”. SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, C. 2010. La presunción como acto de habla en la argumentación. *Revista de Lingüística Teórica y Aplicada*. Vol. 48 (Nº 1): pp. 137-138. Volveremos sobre este punto más adelante.

Edna Ullman-Margalit, siguiendo este diseño estructural lo presenta de la siguiente manera:

“(…) It instructs its subjects to hold a certain proposition as true so as to have a foothold (as it were) for action. Put somewhat differently, the instruction is this: given p , make q a premise in the rest of the pertinent piece of your practical reasoning”²⁷⁶.

“(…) Recall the rule: given that p , you shall proceed as if q unless or until you have (sufficient) reason to believe that q is not the case. (...) Note: it is the presumption -that- q which is rebutted, not the presumption rule itself”²⁷⁷.

Por su parte, Roy Robert Ray señala: “Presumption is also used to designate an assumption which must be drawn by the trier of the facts from a given fact or group of facts in the absence of evidence to the contrary. The fact is taken as true until rebutted. Thus, if the jury find fact A, they must find fact B, unless evidence is offered rebutting the existence of fact B. (...) Such assumptions are described as rebuttable or disputable presumptions. From the discussion under the two preceding heads it will be seen that this is the only accurate use of the term (...)”²⁷⁸.

La estructura básica graficada nos muestra, en palabras de Raymundo Gama, lo siguiente: “El hecho base (hecho conocido o proposición base) es descrito como el punto de partida del razonamiento presuntivo que ha de realizar el legislador o el juez para formular una presunción. El hecho presumido (hecho desconocido o hecho presunto) representa el punto final de la presunción y es considerado tradicionalmente como un hecho difícil o imposible de acreditar o simplemente como un hecho no acreditado. Finalmente, el enlace está formado por un enunciado general que permite vincular el hecho base y el hecho presumido y que, a su juicio, estaría formado por máximas de experiencia”^{279 280}. En el

²⁷⁶ ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. On Presumption. *The Journal of Philosophy*, Vol. 80 (Nº 3): p. 148. Ullmann-Margalit. Sobre el aspecto práctico inserto en las presunciones nos referiremos en el punto 1.6.3. de este capítulo.

²⁷⁷ *Ibid.* pp. 149-150. Más adelante en su ensayo la autora continúa: “Be that as it may, it is important to note the asymmetry that goes to the heart of the matter: whereas the presumption (that q) and the injunction corresponding to it (to proceed as if q) are triggered *in the absence of* certain reasons for belief which rebuts the presumption and annuls the injunction”. *Ibid.* p. 152. Muchas publicaciones usan como texto de consulta el escrito de Edna Ullman-Margalit para explicar las presunciones. Así, por ejemplo, Cristián Santibáñez Yáñez cita a la autora en su trabajo como punto de partida: “Por su parte, Ullmann-Margalit (1983), concentrándose en la estructura lógica de las presunciones, sostiene que éstas tienen la siguiente forma: Pres (P, Q), en que «Pres» representa el operador de presunción, «P» un hecho que posibilita el uso de la presunción, y «Q» el hecho presumido. La regla de inferencia opera en un argumento presuntivo del siguiente modo:

Premisa 1: Pres (P, Q)

Premisa 2: P

Conclusión: Entonces, Pres Q”. SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, C. 2010. *op. cit.* p. 139.

²⁷⁸ RAY, R. R. 1934. Burden of proof and presumptions. *Texas Law Review* (Nº 33): p. 7.

²⁷⁹ GAMA LEYVA, R. 2013. *op. cit.* p. 70-71. Otros autores modifican la nomenclatura de los términos pero llegan a la misma conclusión. Es decir, describen al hecho base como un indicio que debe ser probado por una parte; el hecho presumido como aquel que integra el supuesto de hecho que establece la ley o el juez para que pueda ser aplicado y la inferencia lógica (ya no una máxima de experiencia) como una operación mental que vincula al hecho base con el hecho presumido. Como se ve, no hay un mayor análisis de los elementos constitutivo de la presunción. En este sentido, véase MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op. cit.* p. 37.

mismo sentido Josep Aguiló Regla, para quien la articulación típica de una presunción está conformada de la siguiente manera:

- “a) Un hecho presunto: lo sospechado o conjeturado; (...)
- b) Un hecho base: los indicios o señales; (...)
- c) Una conexión entre ellos. La conexión entre el hecho base y el hecho presunto presupone una regla de presunción; es decir, un enunciado general cuya aceptación autoriza el paso de uno a otro hecho”²⁸¹.

En la versión de Aguiló, la estructura de una presunción estaría formada por una inferencia teórica construida a partir de una premisa verdadera que nos conduce a una conclusión necesariamente verdadera, puesto que la regla de presunción (enlace lógico) está basada en un juicio de regularidad empírica que nos aproxima probabilísticamente a la verdad²⁸². De su definición se desprende que el

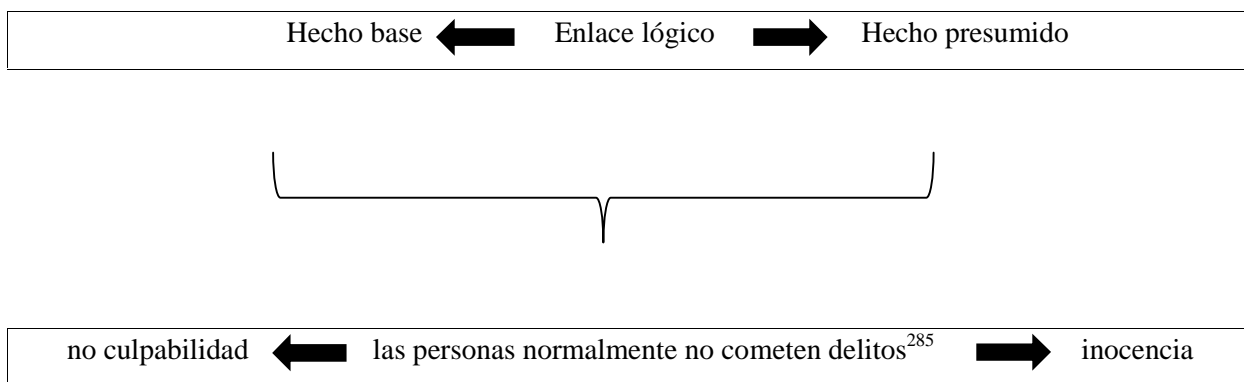
²⁸⁰ Una definición compartida de máxima de experiencia es la siguiente: “(...) generalizaciones a partir de experiencias previas que asocian hechos del tipo que queremos probar con hechos del tipo de los que constituyen las pruebas o indicios”. GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. En: GARCÍA AMADO, J. y BONORINO, P. (coordinadores). Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción. Granada, España. Editorial Comares. p. 88. Para una crítica sobre el peligro de recurrir dentro del razonamiento probatorio a toscas generalizaciones como las máximas de experiencia, véase TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 208, 219, 272, 424-425. A continuación, expondremos algunos párrafos de sus críticas: “Estas nociones representan, pues, la base de conocimientos “generales” que sirven para la valoración de las pruebas y determinan en gran medida su resultado (...). El problema que importa particularmente en este punto es que esos conocimientos expresan nociones de sentido común que tienen como único fundamento el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento. Este aspecto determina la importancia de estas nociones, pero también sus límites epistemológicos: unas veces, en efecto, son vulgarizaciones de leyes lógicas o naturales, (...) Más a menudo, en cambio, estas bases no existen y las máximas de experiencia expresan únicamente todas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, en cuya base está la cultura del sentido común sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico. En particular, incluso cuando expresan tendencias, frecuencias o prevalencias de ciertos fenómenos en determinados contextos, consisten en indicaciones y criterios muy genéricos y vagos a los que no se puede aplicar ninguna cuantificación de forma aceptables”. *Ibid.* p. 219. En otro apartado el autor describe el problema de un razonamiento inductivo basado en conceptos vagos e indeterminados. “Podrá haber vinculaciones de orden general, del tipo ‘siempre que Y, entonces X’, idóneas para fundar inferencias deductivas, o bien criterios estadísticos aptos para establecer la probabilidad/frecuencia de X dado Y, pero normalmente las máximas de experiencia enuncian criterios fundados sobre (...) generalizaciones incompletas o, en cualquier caso, vagas. En todos estos casos se trata de inferencias inductivas en las que el grado de aceptabilidad de la conclusión (...) depende del tipo de vinculación entre X e Y y es, por tanto, tanto más bajo cuanto más indeterminada es esa vinculación”. *Ibid.* p. 272. En nuestra literatura, Coloma también crítica a las máximas experiencias sobre la base de que un razonamiento sustentado en el sentido común es un razonamiento asentado en una información de mala calidad. Véase COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 25. Años más tarde Coloma repetiría el mismo argumento en: COLOMA CORREA, R. 2012. La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XXV (Nº2): p. 224. Jordi Ferrer también discrepa respecto de las máximas de experiencia, aunque su enfoque es menos duro que las asiduas objeciones arriba deslizadas. En síntesis, el procesalista español considera que es necesario recurrir a las generalizaciones (que pueden presentarse en el razonamiento probatorio del derecho como pruebas sobre pruebas, leyes científicas o máximas de experiencia) como esquema que nos permite entender los fenómenos que ocurren en el mundo, pero el hecho de acudir a ellas no significa, en ningún caso, que sea la única forma que tengamos a disposición para establecer un razonamiento adecuado sobre la prueba de los hechos. De todas maneras, acepta que las generalizaciones se constituyen muchas veces en el soporte para fundar una regla de inferencia entre un hecho y otro. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 106-108, 133.

²⁸¹ AGUILÓ REGLA, J. 2006. *op. cit.* p. 11.

²⁸² *Ibid.* p. 12. En otro párrafo de su trabajo explica esta función epistemológica: “Si la regla de presunción es aceptada, es decir, si se considera que está fundamentada, que expresa una regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, lo seguro es atenerse a ella. Es decir, el papel primario de la regla de presunción es aproximarnos a la verdad en el sentido material de la expresión. De ahí se sigue, me parece, una función secundaria (derivada) que también cumplen las reglas de presunción como

contenido de las presunciones toca una *vertiente epistemológica*, cuestión que trataremos en el punto 1.6.4.

El problema se presenta cuando observamos que la configuración procesal clásica de una presunción, esto es, la inferencia probatoria que se extrae de un hecho conocido para llegar a uno desconocido, no se adecúa a la estructura que fluye de la presunción de inocencia²⁸³. En efecto, no hay ningún hecho base a partir del cual, una vez probado, se establezca la existencia de un hecho presunto, porque aquí el hecho base coincide exactamente con el hecho presunto. Es decir, se presume que el hecho presunto -la inocencia- es exactamente el mismo que el hecho base -la no culpabilidad-²⁸⁴. Esto puede ser graficado de la siguiente manera:



las aquí consideradas. (...) Desde la perspectiva procedimental o dialéctica cumplen también la función de distribuir la(s) carga(s) de la argumentación o de la prueba”. *Ibíd.* p. 13. El autor habla de *verdad material* en cuanto a la averiguación de la realidad de los hechos, pero más adelante concluye que no es ésta sino la verdad probatoria la que permite establecer conclusiones dialécticas que permitan derrotar la (presunción de) inocencia probatoria del acusado: “Lo anterior apunta a lo siguiente: la función primaria que cumplen las normas de presunción no es tanto establecer una verdad material cuanto una verdad procesal, procedimental o dialéctica. Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de un hecho, sino a considerar probado o no probado un cierto hecho bajo ciertas circunstancias”. *Ibíd.* p. 16. En un sentido similar, García Amado: “El esquema de la presunción es: dado el hecho *H1* (hecho base), se tiene por verdadero el hecho *H2*. (...) Igualmente: dado que dos varones libres en verdad han declarado que *X* es inocente, se tiene por verdadero que *X* es inocente”. GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 49.

²⁸³ Lo mismo ha sido establecido por nuestra Magistratura Constitucional. Véase STC: Rol N° 993-2007. [13 de mayo de 2008]; STC: Rol N° 1.351- 2009. [20 de mayo de 2010]; STC: Rol N° 1352-2009. [20 de mayo de 2010]; STC: Rol N° 1.443-2009. [26 de agosto de 2010]; STC: Rol N° 1.584-2009. [17 de junio de 2010], entre otros.

²⁸⁴ En los términos de Valenzuela “(...) no parece tratarse exactamente dos hechos sino de uno”. VALENZUELA, J. 2013. *op. cit.* p. 15.

²⁸⁵ El enlace lógico “las personas normalmente no cometen delitos” debería obedecer a una regularidad empírica basada en la experiencia generalizada de que los seres humanos observan las normas generales de comportamiento o dirigen su conducta orientados por aquellas expectativas normativas institucionalizadas que prescriben reglas del tipo no matar, no robar, no violar. Desde luego podría el legislador fundar el nexo lógico bajo cualquier otra consideración que la de “las personas normalmente no cometen delitos” y se cumpliría, a priori, la estructura del razonamiento presuntivo.

El esquema anterior intenta representar por qué no estamos en presencia de una auténtica presunción^{286 287}. La conclusión se refuerza, tal como señala Raymundo Gama, en que si incluso aceptáramos como plausible esta estructura hemos de reconocer que el hecho base no cumple el rol tradicional que le permite ser conectado -en modo inferencial- con el hecho desconocido o presunto²⁸⁸.

Lo importante de las presunciones en sentido estricto, explica Aguiló, es que implican “más que una inversión de la carga de la prueba, una modificación del *thema probandi*: la distribución de la carga de la prueba no se ve afectada en lo que se refiere a la iniciativa probatoria de las partes (no afecta al quién tiene que probar) pero sí a los hechos que se tienen que probar; pues el hecho presumido sólo podrá ser tenido en cuenta cuando la parte favorecida por él haya acreditado el hecho base”²⁸⁹. En este sentido, apoyándonos parcialmente en lo que sostiene Taruffo, lo que viene a generar la presunción de inocencia es la inclusión de un *desequilibrio estructural*²⁹⁰ en el rol que juegan las partes en un proceso penal, específicamente, entre el órgano persecutor (en su desmedro) y el imputado (en su favor).

Esto es relevante por cuanto constituye otra de las razones fundamentales que explicarían específicamente por qué la inocencia no es técnicamente una presunción. En efecto, quien se ve beneficiado por esta norma es el imputado, pero éste no tiene que probar el *thema probandi*, es decir, no está obligado a probar su no-culpabilidad (el hecho base) pudiendo permanecer inactivo durante

²⁸⁶ La doctrina en este punto es prácticamente unánime: “La denominación, como digo, es técnicamente errónea, porque no es en realidad una presunción, puesto que le faltan prácticamente todos los elementos de esa estructura de pensamiento de la lógica formal. (...) y por ello quizás habría de ser más propio hablar de ‘suposición’ de inocencia”. NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 64. Entre nosotros, los mismos operadores jurídicos del sistema dan cuenta de la misma deducción: “En la perspectiva señalada, la llamada ‘presunción de inocencia’ claramente no es una presunción. No parte de hechos conocidos – que no se consignan- para afirmar uno desconocido, que sería la inocencia, sin que tampoco intervengan en su génesis los principios de la lógica y la experiencia”. FIGUEROA YÁVAR, J. A. 2006. *op. cit.* p. 54.

²⁸⁷ En el derecho anglosajón la conclusión apunta en la misma dirección. “The presumption of innocence in criminal cases is not a presumption in the usual sense but rather a forceful way of saying that the prosecution must prove guilt beyond a reasonable doubt and that there is to be no inference against the defendant because of his arrest, indictment, or presence as a defendant in court. ‘The so-called ‘presumption of innocence’ is actually not a presumption at all in the legal sense ... that, once an underlying fact has been proved, another (ultimate) fact [must] be taken as proved. It is not even a presumption in the popular sense of a thing which is more likely to be true than not, for statistically more people who are charged with crime are convicted as guilty than are acquitted as innocent. It is more properly said that the innocence of the defendant is assumed, which is generally taken to mean no more than that the prosecution has the two burdens of proof discussed in this section; the burden of producing evidence of guilt in order to avoid a directed verdict; and of persuading the fact-finder of guilt beyond a reasonable doubt in order to secure a conviction. However, the customary statement to the jury when the trial court gives instructions is that the defendant is presumed innocent, that the mere fact of accusation is no evidence of his guilt, and that the prosecution must prove guilty beyond a reasonable doubt.’ LaFave & Scott, Criminal Law § 8 at 53 (1972)”. GRAHAM, M H. 2009. Burden of Proof and Presumptions in Criminal Cases. [en línea]. Miami, Criminal Law Bulletin, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348135> [consulta 22 septiembre 2016], p. 15.

²⁸⁸ GAMA LEYVA, R. 2013. *op. cit.* p. 75.

²⁸⁹ AGUILÓ REGLA, J. 1999. *op. cit.* p. 652.

²⁹⁰ TARUFFO, M. 2005. Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. (Nº 28): p. 117. Decimos “parcialmente”, porque si uno es consecuente con los postulados de un modelo acusatorio de proceso penal de corte garantista, se debería decir que la presunción de inocencia viene a restablecer en alguna medida la desigualdad estructural en la que se refuerza el aparato estatal para perseguir y reprimir con todo su poder coercitivo las conductas delictivas.

todo el procedimiento penal, sin que esto irroque consecuencias jurídicas negativas en su contra. Aquí no se requiere la prueba del hecho base para que opere la presunción. Asumir lo contrario sería retroceder hacia las bases de un sistema procesal inquisitivo y deformar un tipo de razonamiento probatorio que es aplicado con predominancia en el fenómeno jurídico.

Lo anterior, nos lleva a concluir que la presunción de inocencia es una *presunción aparente o verdad interina*, cuestión que examinaremos más adelante.

1.5.7.1. Presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure*

El derecho continental al momento de diferenciar las categorías de presunciones, las clasifica entre presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure*, o bien, relativas y absolutas, respectivamente²⁹¹. Las primeras son esencialmente derrotables²⁹², las segundas no. Al respecto, ilustra Ferrer: “Si la presunción es *iuris tantum*, será posible derrotarla en caso de que se pruebe que, aunque haya ocurrido *A* no ha ocurrido *B*, pero la no ocurrencia de *B* deberá ser probada para derrotar la presunción. Si la presunción es *iuris et de iure*, una vez probada la ocurrencia de *A*, *B* será presumido y aceptado en el razonamiento sin posibilidad de prueba en contrario”²⁹³. La tradición jurídica nos ha enseñado muy ligeramente sobre este punto, describiendo en forma insuficiente y sin muchas dificultades teóricas en cuanto a que las primeras admiten prueba en contrario, mientras que las segundas no. Nada más lejano de la realidad.

En efecto, lo que se proscribe en las llamadas presunciones *iuris et de iure* (absolutas) es atacar al conector lógico que establece la regla de presunción o probar la no consecuencia validada del hecho presunto, pero nada impide que se aporte (al igual que acontece con las presunciones *iuris tantum* o relativas) evidencia que permita derribar el hecho base que fundamenta la norma de presunción (para ser más precisos, lo que está prohibido es “la admisión de excepciones a la norma de presunción”²⁹⁴). Si llevamos esto a la regla de presunción de inocencia, es justamente porque es admisible atacar tanto

²⁹¹ Esta tipología entre “absolutas” y “relativas” es dilucidada de buena manera por Raymundo Gama, quien, entre otras cosas, aclara que la mayoría de la doctrina rechaza a las presunciones absolutas, porque, entre otras cosas, elimina una de las características más peculiares de las presunciones, que es su *derrotabilidad*. GAMA LEYVA, R. 2013. *op. cit.* p. 76. Otra clasificación proveniente del sistema anglosajón es la que distingue entre presunciones de ley y presunciones de hecho: “Courts and textbook writers often divide presumptions into two classes: presumptions of law and presumptions of fact. Such a classification is, at best, confusing. The difference between the two is the difference between things which are true presumptions and things which are not presumptions at all. A true presumption is a rule of law laid down by the courts which attaches to facts certain procedural consequences. On the other hand, a presumption of fact is nothing more than an inference which may be drawn by the jury from the circumstances without the aid of any rule of law”. RAY, R. R. 1934. *op. cit.* p. 6.

²⁹² Esto es la llamada *cláusula de refutación* que según Ullmann-Margalit contendrían las reglas de presunciones. ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. *op. cit.* pp. 149-150.

²⁹³ FERRER, J. 2010b. *op. cit.* p. 2.

²⁹⁴ AGUILÓ REGLA, J. 2006. *op. cit.* p. 21.

el hecho base como el hecho presunto -dado que son idénticos- con el objetivo de contrarrestar el enlace lógico que vincula a ambos elementos, que la norma de presunción de inocencia no puede ser llamada genuinamente como una de *iuris et de iure*.

Es de suma importancia destacar que la distinción precedente excede las consideraciones sobre el ámbito de la derrotabilidad. En efecto, mientras las presunciones relativas -detalla Gama- “son normas que afirman un hecho como verdadero salvo prueba en contrario, las primeras [el autor se refiere aquí a las presunciones absolutas o *iuris et de iure*] no son establecidas por normas que afirman un hecho como verdadero excluyendo la prueba en contrario. Es decir, las presunciones relativas son normas que *establecen* una presunción: obligan a considerar como probado un hecho hasta en tanto no se acredite lo contrario, ya sea a partir de la prueba de un hecho base (como en la presunción de paternidad respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio), o bien sin la necesidad de acreditar ningún hecho base (como en la presunción de buena fe)”²⁹⁵.

Este es el mismo razonamiento que puede ser trasladado hacia la presunción de inocencia para decir que, no obstante con no cumplir los requisitos que establece la estructura de una presunción, despliega lo mismos efectos que ésta. Detrás se esta norma de presunción, según algunos, no habría una forma de conocimiento o interés epistemológico sobre los hechos²⁹⁶. En cambio, no puede ser calificada como una presunción absoluta, puesto que su contenido no está determinado por una norma de presunción sino más bien por un razonamiento presuntivo que justifica su creación²⁹⁷.

A. Sobre la derrotabilidad

Realizadas estas aclaraciones previas, la presunción de inocencia sería por sus efectos, una de tipo *iuris tantum* toda vez que es posible producir evidencia suficiente o nueva información de calidad, que acredite -ocupando la nomenclatura del esquema que representamos más arriba- la no ocurrencia de “Y” (o de “B”, en el ejemplo de Jordi Ferrer), esto es, la no ocurrencia de la inocencia (o bien la ocurrencia de la culpabilidad). Cabe precisar además que en nuestro sistema jurídico, es una presunción creada por el legislador, en oposición a las elaboradas por el juez²⁹⁸, según lo dispone el artículo 4 del Código Procesal Penal²⁹⁹.

²⁹⁵ GAMA LEYVA, R. 2013. *op. cit.* pp. 78-79. Sobre el mismo punto también se expresa Rodrigo Coloma, al señalar que las presunciones de derecho no debieran ser llamadas en estricto sentido como presunciones, sino solo como normas. COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 22. El paréntesis en corchetes es nuestro.

²⁹⁶ Sobre la finalidad práctica o epistemológica de la presunción de inocencia nos referiremos en los apartados 1.6.3 y 1.6.4

²⁹⁷ GAMA LEYVA, R. 2013. *op. cit.* p. 79.

²⁹⁸ La doctrina mayoritaria distingue entre presunciones legales o judiciales en función del órgano o fuente que realiza la inferencia lógica existente entre el hecho base y el hecho presumido.

²⁹⁹ Según Josep Aguiló Regla: “(...) las presunciones legales son mandatos legislativos en virtud de los cuales se ordena tener por establecido un hecho, siempre que la ocurrencia de otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobada

La conclusión que asumimos es apoyada por Edna Ullman-Margalit: “However, the law sometimes intervenes by laying down rules, in the form of presumptions, which effect the inference (or “inference”) from certain basic facts already established to the existence of the fact in issue, as long as no evidence (or no sufficient evidence; see below) to the contrary is produced”³⁰⁰.

Asumir la derrotabilidad de la presunción de inocencia como el elemento más significativo del razonamiento presuntivo, implica aceptar entonces que estamos dispuestos a modificar la conclusión de que un imputado es inocente si es que el órgano persecutor, a través de una mínima actividad probatoria y la observancia de otras reglas procesales, es capaz de proporcionar una nueva información que enerve a la presunción y permita fundamentar una sentencia condenatoria³⁰¹.

Estableciendo la asimetría de información que impone una presunción, la pregunta subsecuente es: ¿De qué modo es que podemos derrotar una presunción *iuris tantum*?

Observando el mismo trabajo de Josep Aguiló, los modos en que podemos atacar las conclusiones que impone una presunción son las siguientes: “a) Negar los fundamentos empíricos de la regla de presunción; es decir, impugnar su papel de garantía. (...) b) Aceptar la regla de presunción (es decir, aceptar que expresa una regularidad con una alta probabilidad de verdad), pero negar la ocurrencia del hecho base; esto es, bloquear la presunción. c) Aceptar tanto la regla de presunción como la ocurrencia del hecho base, pero exceptuar la regla de presunción mostrando, bien que la conclusión es falsa, bien que hay indicios para creer que el caso es una excepción a la regla”³⁰².

A renglón seguido, Aguiló añade: “Es importante en este punto llamar la atención sobre lo siguiente: Sólo en los casos b) y c), es decir, en los casos en que se acepta que la regla de presunción nos aproxima a la verdad material, la regla de presunción opera en términos dialécticos como una regla de distribución de la carga de la prueba y/o de la argumentación”³⁰³.

En nuestra opinión, asumiendo que la presunción de inocencia no cumple con el esquema tradicional de una norma de presunción, es posible aplicar funcionalmente las consideraciones

suficientemente. (...) Imponen, pues, un deber muy particular: el deber de aceptar ciertas proposiciones en determinadas circunstancias especificadas por el sistema”. AGUILÓ REGLA, J. 1999. *op. cit.* p. 650. El problema que se plantea en la presunción de inocencia es justamente que las circunstancias específicas del sistema no se verifican de manera tal que podamos encontrarlos técnicamente frente a una presunción.

³⁰⁰ ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. *op. cit.* p. 146.

³⁰¹ Ahora bien, esto ocurre solo en la sede de la sentencia definitiva, toda vez que en una etapa preliminar (como es la discusión sobre una medida cautelar) el hecho de que la parte acusadora proporcione información nueva y contundente que justifique la necesidad de, por ejemplo, imponer una prisión preventiva, en nada altera la conclusión de que el imputado sigue siendo inocente. Aquí la regla de trato que impone la presunción de inocencia sigue manteniéndose firme. Este es uno de los puntos centrales de esta memoria de grado.

³⁰² AGUILÓ REGLA, J. 2006. *op. cit.* p. 13.

³⁰³ *Ibid.* p. 14.

precedentes en torno a “b)” o “c)”. En su dimensión de regla de prueba, es la única que permite justificar atribuir la carga de la prueba de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito en el órgano que suministra la acusación para lograr acreditar que la inocencia probatoria es falsa o -desde un contexto de adjudicación probatoria- que se demostró con un grado de corroboración lógica suficiente la hipótesis de culpabilidad del acusado. En el mismo sentido se manifiesta Edna Ulman-Margalit: “So, in addition to the substantive aspect of the presumption rules, viz. the sanctioning of the practical passage from p to q , the rules also have a procedural aspect, that of casting a burden or producing counterevidence upon the presumption opponent”³⁰⁴.

Podemos notar entonces que dentro del cúmulo de razones que apoyan la constitución de una norma de presunción están aquellas razones *garantistas* que quieren evitar las consecuencias gravosas que podrían generarse en el inocente si este tuviera que sufrir con la carga negativa de la prueba consistente en demostrar su inocencia. En otras palabras, detrás de la regulación de la carga de la prueba, se está protegiendo el valor de la inocencia por sobre cualquier otro tipo de valor, lo que da cuenta de que pueden coexistir más de un tipo de razones que sean capaz de justificar la elaboración de una regla de presunción³⁰⁵.

Ahora bien, el análisis realizado anteriormente sobre la estructura clásica de la presunción no puede pretender ser exhaustivo si a esta concepción ampliamente extendida no la complementamos con una perspectiva más moderna y crítica del razonamiento presuntivo fijado por el derecho continental. Esta mirada crítica puede sintetizarse en dos puntos principales:

(i) En primer lugar, un concepto unitario de presunción sustentado en una opción metodológica que intenta equiparar conceptualmente la configuración de una presunción legal con la judicial termina siendo insuficiente y con una capacidad explicativa sumamente limitada. Esto, porque es imposible construir un esquema teórico que agrupe a todas las presunciones (o proposiciones lingüísticas redactadas con la voz *presunción* o inspiradas en un razonamiento inductivo) que existen en el

³⁰⁴ ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. *op. cit.* p. 150.

³⁰⁵ “3. Otro tipo de razones son las que podríamos llamar garantistas. Dada la gravedad de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse para una de las partes se establece una verdad procesal y se vuelca sobre la otra parte toda la carga de la prueba. Piénsese en la *presunción de inocencia* o en la de la buena fe en la posesión”. AGUILÓ REGLA, J. 2006. *op. cit.* p. 18 (la cursiva es nuestra). En nuestra doctrina procesal nacional, Rodrigo Coloma también señala algunas razones que justificarían la creación de una presunción: “i) evitar la toma de decisiones en situación de incertidumbre en aquellos casos en que la obtención de información es muy difícil o muy costosa; ii) proteger ciertos valores como la inocencia del acusado a través de la regulación de la carga de la prueba”, lo que facilitaría las pretensiones del acusado que se encuentra, en principio, en una posición desmejorada frente al inminente poder que despliega el ente persecutor en el proceso penal. De hecho, él mismo acepta que es posible que ambos tipos de razones puedan concurrir en una presunción, sin que se excluyan entre sí. COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 23.

ordenamiento jurídico. En efecto, la inocencia es una de estas presunciones que no es posible de encasillar en los componentes tradicionales del (i) hecho base; (ii) hecho presunto y (iii) enlace lógico³⁰⁶.

Cabe destacar como se apuntó más arriba, que el enlace lógico no siempre va a estar sustentado por una generalización empírica como son las máximas de experiencia. Antes bien, existe una diversidad de criterios (“procesales, institucionales, valorativos”³⁰⁷), que contribuyen a realizar este tipo de inferencia. En efecto, uno podría razonablemente pensar que la conexión que se da en la presunción de inocencia es de raigambre procesal (v.gr. el despliegue de la presunción de inocencia como una regla procesal de trato, de prueba y de juicio); institucional (como lo es utilizar a la presunción de inocencia dentro del marco de un proceso racional e institucionalizado por un sistema de reglas jurídicas) o valorativo (v.gr. presumir la inocencia del imputado es hacer una elección política-valorativa en cuanto a que es preferible absolver a un culpable antes que condenar a un inocente; el principio *in dubio pro reo* podría estar fundado también en consideraciones valorativas).

(ii) En segundo lugar, la concepción tradicional de las presunciones no se hace cargo de que la inocencia, antes de ser una norma de presunción, es una norma jurídica -de carácter procesal- que produce efectos jurídicos a lo largo de todo el curso del procedimiento. En efecto, su ámbito de aplicación está delimitado por ser una regla de *trato*, de *prueba* o de *juicio*, susceptible de ser aplicado dentro de éste. Téngase en cuenta, por ejemplo, que la presunción de inocencia como regla procesal de prueba es “una regla jurídica que dispensa de la necesidad de acreditar un hecho y que traslada al oponente la carga de la prueba de lo contrario”³⁰⁸.

A modo de conclusión preliminar, un esquema básico de inferencia que va del hecho conocido al desconocido termina siendo ineficaz a efectos de comprender en la actualidad lo que son realmente las presunciones, cómo operan dentro del razonamiento presuntivo y si realmente la presunción de inocencia cumple o no con las finalidades que persigue la construcción de una norma de presunción.

³⁰⁶ Otro caso sería la presunción de buena fe (art. 706, 1459 del Código Civil chileno); la presunción de conocimiento de la ley después de que ésta haya entrado en vigencia; presunción de la constitucionalidad de las leyes, entre otras. Esta crítica es acertada expuesta por Gama. GAMA LEYVA, R. 2013. *op. cit.* pp. 72-74.

³⁰⁷ *Ibid.* p. 75. Estos mismos elementos son expuestos también por Josep Aguiló para justificar el rasgo de “parcialidad” que asumen las normas de presunciones: “(...) por consideraciones probabilísticas (es más/menos frecuente Q que -Q en caso de P), por consideraciones valorativas (las consecuencias de presumir Q en P son más/menos graves que las de presumir -Q) y procesales (es más/menos fácil producir prueba en favor de Q que de -Q, en caso de P)”. AGUILÓ REGLA, J. 1999. *op. cit.* p. 651.

³⁰⁸ GAMA LEYVA, R. 2013. *op. cit.* p. 75. El mismo autor señala que ésta sería la nota distintiva de las “presunciones legales” (que no son realmente, para él, inferencias de carácter cognoscitivo), al margen de su fuente de origen, en contraposición a lo que la doctrina entiende como “presunciones simples (judiciales)”. *Ibid.* p. 75. Véase también TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 471.

1.6. Si no es una norma estricta de presunción, ¿entonces qué es?

Despejadas las dudas en torno a lo que *no es* la presunción de inocencia, nos detendremos en lo que sigue a analizar algunas de las particularidades que *sí* presenta esta regla, las razones que se hallan detrás de su configuración conceptual y las consecuencias jurídicas que se irrogan dentro del ordenamiento procesal.

A modo de introductorio, Ray Robert Roy expone alguna de los motivos que fundamentan, en general, a las presunciones: “(...) On the other hand, more harmony is evident with respect to the basis of presumptions. The courts and writers agree that the assumption is required or permitted because one or more of the following reasons justify it: (1) Human experience with such situations. (2) It achieves a result which is socially desirable. (3) It serves as a procedural convenience”³⁰⁹.

Josep Aguiló en uno de sus trabajos también expone distintos tipos de razones que justificarían la producción de normas de presunción, dentro de las que se encuentra: (i) establecer probabilidades en cuanto a la veracidad de un hecho presunto; (ii) sortear la dificultad probatoria en la cual podría encontrarse una parte al demostrar la afirmación de una determinada proposición fáctica (v.gr. presunciones en normas de responsabilidad extracontractual); (iii) razones *garantistas* (como la que señalamos más arriba); (iv) consolidar situaciones de hecho para que las instituciones jurídicas funcionen; entre otras³¹⁰.

Estos y otros valores se encuentran presentes en la presunción de inocencia. En este apartado estudiaremos otras razones que justifica la utilización de esta regla.

1.6.1. Acto de habla

Dentro de los estudios modernos de la argumentación, es posible distinguir dos enfoques bien diferenciados: una perspectiva retórica y una perspectiva dialéctica. La primera visión considera a la argumentación como una forma de persuadir sobre un determinado punto de vista a un interlocutor o una audiencia determinada. La segunda visión, en cambio, se enmarca dentro de una discusión crítica cuya finalidad es evaluar la aceptabilidad de una determinada hipótesis, posición o punto de vista³¹¹. El

³⁰⁹ RAY, R. R. 1934. *op. cit.* p. 7.

³¹⁰ AGUILÓ REGLA, J. 2006. *op. cit.* pp. 18-19.

³¹¹ “La descripción general más adecuada de la dialéctica parece ser la de ‘el estudio de la discusión que tiene como fin examinar críticamente la aceptabilidad de puntos de vista a la luz de posibles inconsistencias’. VANN EEMEREN, F. H. 2007. “Consideren la brecha”: Conciliando la búsqueda del éxito con la persistencia de la razonabilidad. En: SANTIBÁÑEZ,

enfoque *pragma-dialéctico* del discurso argumentativo elaborado por Frans. H. van Eemeren y Rob Grootendorst intenta aunar ambas perspectivas con miras a encontrar un complemento armónico. Es decir, el objetivo es, por un lado, analizar la aceptabilidad de determinadas premisas que concurren en una diferencia de opinión; y por el otro lado, desliza el autor, reconocer “una visión pragmática de los movimientos que se realizan en la discusión crítica en tanto actos de habla que cumplen una función en el proceso de resolución”³¹². Las presunciones, desde este punto de vista, son precisamente una clase de actos de habla inmersos dentro de este modelo de discusión crítica cuyo objetivo es resolver una diferencia de opinión en sede judicial.

El razonamiento presuntivo en el ámbito de los diálogos argumentativos y el de la pragmática, al igual que el razonamiento probatorio científico o jurídico, insiste en un método de inferencia distinto al de los métodos inductivos o deductivos. Tal como lo enunciamos en el punto 1.5.7., la presunción es un “razonamiento basado en una premisa general recurrible cuya forma es que, típicamente (materia sujeta a excepciones), podemos esperar que si algo tiene la propiedad F también tiene la propiedad G”³¹³. Se dice “típicamente”, puesto que está sujeto -en los términos que ya hemos revisado de Ullmann-Margalit- a una *cláusula de refutación* que contradiga el apoyo o la fuerza de la conclusión enunciada. La aceptación provisional de esa conclusión es una actitud proposicional que puede ser hallada en los actos de habla presuntivos.

Dicho lo anterior, las presunciones son diálogos susceptibles de encontrarse en la teoría de la argumentación y de la comunicación cotidiana. Estas tienen un elemento singular que las distingue de cualquier otro acto de habla, y es que su forma de operar produce la alteración de la carga de la prueba de quien rechaza la conclusión que impone esta regla, incluso en aquellos casos en que el proponente de un argumento presuntivo no cuente con evidencia para sustentarlo. En efecto, una hipótesis que descarta la conclusión que impone el operador presuntivo necesariamente exige la producción de evidencia que apoye una conclusión que la niegue o que en su defecto, sea alternativa. Esto ocurre en cualquier ámbito discursivo en el que se deslice un argumento que se tendrá por plausible en tanto los receptores de dicha proposición no hagan lo suficiente para descartarlo.

C. y RIFFO, B. (editores). Estudios en argumentación y retórica. Teorías contemporáneas y aplicaciones. Santiago, Chile. Editorial Universidad de Concepción., p. 60.

³¹² *Ibíd.* p. 61.

³¹³ “Mientras la primera es [aquí el autor se está refiriendo al método deductivo], según Walton (1992b), un tipo de razonamiento basado en una premisa universal general contenida en la forma ‘Todos los F son G’, y las inducciones son razonamientos que se desencadenan sobre premisas generales probabilísticas o estadísticas cuyos efectos son que la mayoría de las cosas, o un cierto porcentaje de ellas, que tienen la propiedad F también tienen la propiedad G”. SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, C. 2010. *op. cit.* p. 136.

Lo anterior es lo que señala Cristián Santibáñez al citar a Walton³¹⁴: “En la argumentación cotidiana, las presunciones muchas veces toman la forma de principios de cooperación y cortesía social que facilitan la fluidez en las actividades comunitarias, como por ejemplo impulsando la discusión a pesar de *que no todo pueda ser probado*. Así concebidos, para Walton los argumentos presuntivos tienen el carácter de una lógica negativa porque están vinculadas al vacío de evidencia en un razonamiento”³¹⁵.

Este pasaje nos muestra que este tipo de normas imponen un comportamiento para la acción y la cooperación entre los interlocutores que participan de una actividad lingüística. El acto de habla presuntivo -aquí, la presunción de inocencia- presenta los siguientes rasgos:

(i) En su dimensión performativa, dice Cristián Santibáñez, “lo esencial del acto de habla presunción en la actividad argumentativa es su fuerza pragmática que tiene por ‘realización’ el que la parte que recibe una presunción está obligada a pronunciarse si quiere evadir el compromiso dialógico que se establece una vez pasado el momento de aceptación, es decir, la implicatura conversacional que tiene el avance de una presunción es de largo alcance (...)”³¹⁶. La presunción de inocencia en tanto acto de habla comparte en cierto sentido esta misma característica, toda vez que obliga a la parte acusadora a realizar la actividad probatoria necesaria y suficiente si quiere evitar el compromiso dialógico que supone aceptar la inocencia probatoria con la cual se ve beneficiado un acusado desde el inicio de un procedimiento penal.

(ii) Según su funcionalidad en procesos de cooperación lingüística y discursiva, la inocencia se ve apoyada en una confianza inicial que la culpabilidad no ocasiona. En las palabras del autor precitado, “las presunciones son también producto del cariz cooperativo natural del lenguaje y de los procesos de confianza que se afianzan para tener comunidades discursivas. Desde un punto de vista negativo, se puede señalar esta misma idea diciendo que: cuando la confianza entre los agentes está en interdicto, entonces las presunciones no fluyen ni como contenidos específicos ni como procedimientos dialógicos”³¹⁷. La argumentación en general, y la jurídica, en particular, tiene lugar en diversos ámbitos, uno de los cuales es el proceso. Este tipo de comunicación jurídica que se da en el desarrollo de una audiencia pública, oral y contradictoria, está fuertemente institucionalizada a través de reglas que inspiran confianza entre los operadores jurídicos, entre las que se destaca a la presunción de

³¹⁴ Douglas Walton es uno de los exponentes de la escuela dialéctica a la que hemos aludido.

³¹⁵ SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, C. 2010. *op. cit.* p. 140.

³¹⁶ *Ibíd.* p. 146.

³¹⁷ *Ibíd.* p. 146.

inocencia. De otro modo no se explica que, por ejemplo, el otorgamiento de una medida cautelar personal como la prisión preventiva, tenga que cumplir con exigentes requisitos legales cuyo diseño no vulneran, en principio, la confianza inicial que inspira la inocencia.

(iii) El último elemento representativo de este tipo de acto de habla es ser recurribles (derrotables), al cual ya nos hemos referido extensamente.

En síntesis, el acto de habla de inocencia es una guía para la acción concreta en ámbitos de diálogos discursivos de carácter procesal, que busca solucionar ausencias de información en la comunicación jurídica con una cierta dimensión epistemológica. Así al menos lo ha expresado la literatura especializada en la teoría de la argumentación³¹⁸.

Sobre los aspectos prácticos y epistémicos que contiene la regla de presunción de inocencia nos referiremos en los puntos siguientes.

1.6.2. Verdad interina

En el punto 1.5.7., al describir cada una de las condiciones que debía cumplir una regla de presunción para ser llamada estrictamente como presunción, establecimos que algunas de estas normas dispersas en distintos cuerpos normativos desplegaban los mismos efectos que una verdadera presunción, a pesar de no serlo técnicamente. La presunción de inocencia es una de estas *aparentes* presunciones, cuya función esencial es establecer la distribución del *onus probandi*. Esto sucede porque tal como explicamos anteriormente, obligan a reconocer la inocencia (hecho presumido) sin que tenga que probarse el hecho base (la no-culpabilidad).

Para aclarar el punto, retomaremos el primero trabajo de Josep Aguiló en la cual se realiza la siguiente precisión:

“3.3. La clave de la distinción entre ‘presunciones en sentido estricto’ y ‘presunciones aparentes’ parece radicar, pues, en lo siguiente: Las ‘presunciones en sentido estricto’ no afectan a la

³¹⁸ “La aceptación de una proposición como mera verdad presuntiva no es aceptación de la realidad, pero una muy buena *inclinación epistémica* hacia ella, aun cuando provisional y condicional; pero, a su vez, siendo una *inclinación epistémica* se convierte en un tipo de compromiso en el diálogo. Son siempre provisionales, recurribles, no existen las presunciones conclusivas, pues esto es una contradicción entre los términos. Las presunciones, en el ámbito de lo plausible y la acción, es algo que se toma (haciendo eco de su origen latino) en virtud de un vacío de contra-evidencia, y no está autorizada por lo que sabemos respecto de una materia específica, sino que es algo útil que permite avanzar en una situación de hechos. Esta última característica, a mi juicio, es la que hace de la presunción un fenómeno pragmático con importantes consecuencias en los diálogos argumentativos”. *Ibid.* p. 137. Las cursivas son nuestras.

carga de la prueba (quién tiene que probar), sino sólo al tema de la prueba (qué hay que probar); benefician a una parte, en cuanto que le facilitan la prueba, pero no exoneran a nadie de la necesidad de probar: la parte beneficiada tendrá siempre, como mínimo, que probar el hecho base. Por el contrario, las ‘presunciones aparentes’ son *estrictamente reglas de la carga de la prueba*; en consecuencia, la parte favorecida no tiene que acreditar hecho base o indicio alguno: queda exonerada de la prueba de cualquier hecho relacionado con el hecho presunto”³¹⁹.

Según esta clasificación, la presunción de inocencia se enmarca completamente en las presunciones aparentes o llamadas también *verdades interinas o provisionales*³²⁰. Esto, porque si bien no satisface todos los elementos configuradores de la clase de normas presuntivas, igualmente cumple el propósito de repartir la carga de la prueba al interior del proceso. La parte favorecida -acá el acusado- esta liberada de acreditar su no-culpabilidad, vale decir, queda exonerada de la prueba de cualquier hecho relacionado con su inocencia. Esta es por cierto es una de las ventajas de entender a la presunción de inocencia como regla de prueba³²¹.

Tenemos que complementar este punto de vista con lo que expusimos más arriba en el apartado 1.5.1., en cuanto a que hay presunciones que operan como reglas y presunciones que operan como principios. En efecto, para Josep Aguiló las “presunciones en sentido estricto” forman parte de las presunciones-regla, y las “presunciones aparentes” forman parte de las presunciones-principio. La presunción de inocencia se corresponde con esta última, toda vez que la obligación de aceptar la verdad procesal de la inocencia del acusado no está sometida a ningún tipo de condición o requisito, razón por la cual su influjo determina en forma decisiva las reglas del *onus probandi*³²², además de ser la piedra angular que preside todo el curso del procedimiento.

³¹⁹ AGUILÓ REGLA, J. 1999. *op. cit.* p. 653. Las cursivas son nuestras.

³²⁰ Esta misma nomenclatura ha sido utilizada por la jurisprudencia comparada: “(...) el derecho fundamental a la presunción de inocencia tiene naturaleza reaccional o pasiva, es decir, no precisa de un comportamiento activo de su titular, en cuanto contempla a la persona humana como sujeto del mismo en cuanto tal y no como miembro del cuerpo social, por lo que, en definitiva, no supone otra cosa que una verdad interina de inculpabilidad (...)”. MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op. cit.* p. 44.

³²¹ La dimensión de la presunción de inocencia como regla de prueba agrupa varios requisitos, uno de los cuales es que la actividad probatoria sea suministrada por la acusación y no por el acusado: “(...), ya que la presunción de inocencia es un derecho que se ha catalogado como *pasivo*, es decir, permite al acusado permanecer inactivo sin que la falta de pruebas de descargo pueda actuar en su perjuicio”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 234. Esta dimensión dice relación con las características que debe reunir la actividad probatoria de cara a desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al imputado, con miras a imponer en su contra una fundada sentencia condenatoria. Los otros requisitos de esta faceta son: (i) que exista una mínima actividad probatoria; (ii) que las pruebas se practiquen en el juicio oral y (iv) que la prueba haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales.

³²² Distinto es lo que ocurre en las presunciones-regla en que el juez está obligado a dar por probado el hecho presunto siempre que se cumpla la *conditio sine qua non* de probar el hecho base. Nótese que la consecuencia es la misma pero en un caso exige la observancia de un requisito, y en el otro no. AGUILÓ REGLA, J. 1999. *op. cit.* p. 656; AGUILÓ REGLA, J. 2006. *op. cit.* p. 23.

Es importante destacar aquí que la obligación que imponen las presunciones en general, y la de inocencia en particular, se corresponde con la noción de una verdad aproximada de carácter relativo. Tal como adelantamos en el punto 1.2.1., la presunción sigue la fórmula del “*no está probado X*” y no la del “*no es real que no ocurrió X*”. Esta idea es clave porque supone aseverar que solo una verdad dentro del proceso, vale decir, una que esté fundada en los elementos probatorios que permitan justificar una determina hipótesis fáctica, puede ser derrotable. A contrario sensu, una verdad no entendida en estos términos (que incluso puede confundirse con la verdad de carácter material, según veremos en detalle en el capítulo III), no sería susceptible de ser derrotada.

1.6.3. Interés práctico³²³

Otro tema que ha generado más controversia es si las razones que justifican el establecimiento de la presunción de inocencia dicen relación con cuestiones *prácticas*, *epistemológicas* o incluyen elementos de ambas. Para hacernos cargo del tema en forma íntegra, partiremos por el aspecto práctico.

Las presunciones son un mecanismo que facilita la toma de decisiones en un contexto de incertidumbre epistémica. Su papel es fundamental dentro de un contexto de deliberación práctica puesto que más que contribuir al conocimiento de un determinado hecho que resulta incierto, lo que hacen es entregar una herramienta para actuar ante una ausencia de información³²⁴. Las teorías de la argumentación jurídica, según hemos visto, también aducen que todo discurso jurídico y de justificación práctica se ve enfrentado al problema ineludible de que el conocimiento empírico no puede alcanzar un nivel de certeza absoluta, situación por la cual se recurren a reglas de presunción racional³²⁵.

Para comprender esta mirada práctica recurriremos nuevamente al valioso trabajo de Edna Ullman-Margalit. La autora explica la utilidad que puede brindar una presunción dentro de la teoría de la acción: “That is to say: rather than treat a presumption as an assumption made in advance of some theoretical venture, I shall treat it as an assumption made in advance of practical deliberation.

³²³ Quisimos designar a esta dimensión de esta manera para contrastarla con las presunciones que según algunos autores serían “teóricas”. En síntesis, las razones que subyacen detrás de una presunción *iuris et de iure* son de connotación teórica (“*es presumible* teórico aceptado por el legislador”), en el sentido de aplicar un conjunto de consecuencias jurídicas si se da un supuesto de hecho. A contrario sensu, las presunciones *iuris tantum* tendrían entonces, una connotación más práctica, según lo que hemos desarrollado hasta ahora. Véase AGUILÓ REGLA, J. 2006. *op. cit.* pp. 30-31.

³²⁴ “Godden y Walton (2007) enfatizan que para Ullmann-Margalit la regla de presunción es más de naturaleza práctica que teórica y que, por tanto, no se trata tanto de la afirmación de hechos sino de cómo se procede sobre ellos”. SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, C. 2010. *op. cit.* p. 139.

³²⁵ ALEXY, R. 2007a. Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. 2° edición. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales., pp. 224-225.

Furthermore, rather than view presumption as a logical prerequisite for the launching of a theoretical inquiry, I shall view it as a rational prerequisite for arrival at a variety of decisions about action”³²⁶. En su opinión, las presunciones operan en el mundo de la praxis, no de la teoría, lo que permite que los agentes tomen un curso de acción -en un escenario de incertidumbre- que de otro modo no podrían tomar si la regla presuntiva no existiera³²⁷. La conclusión es importante, toda vez que niega cualquier aporte epistemológico que pueda fluir de un sistema de reglas de inferencias probatorias en el razonamiento judicial³²⁸.

Con la presunción de inocencia ocurre lo mismo. Dado que en un proceso judicial está prohibido el *non liquet* y los jueces penales deben tomar una decisión en ausencia o insuficiencia de evidencia disponible que dirija su curso de acción, esto es, resolver una disputa judicial, la presunción de inocencia es la mejor herramienta que tienen para cumplir la misión jurisdiccional a la que están llamados por ley. La inocencia aquí se prefiere parcialmente en desmedro de la culpabilidad, develando aquel elemento de arbitrariedad -en el sentido de favorecer un estado de cosas- que va inmiscuido en todas las presunciones: “A presumption rule may be seen, then, as replacing arbitrariness with something like rational prejudgment; although plainly prejudging an issue, it may nevertheless be defended as rational in the following twofold sense: (i) in any particular instance the presumption it relates to is open to rebuttal; (ii) the bias it promotes is independently justifiable”³²⁹.

Ahora bien, la justificación racional de asumir esta decisión es una cuestión que no se agota en su aspecto instrumental, sino que obedece fundamentalmente a una decisión política o moral sobre el tipo de error judicial que queremos a evitar, aun a costa de aumentar otro tipo de error judicial (condena de inocentes v/s absolución de culpables - prisión preventiva erróneamente dictada v/s prisión preventiva erróneamente rechazada³³⁰). En efecto, los bienes jurídicos que están en disputa - persecución penal v/s libertad personal- en el proceso penal no pueden ser baladí, al punto que sería un

³²⁶ ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. *op. cit.* pp. 143-144.

³²⁷ *Ibid.* p. 148. Esta interpretación es valorada por intelectuales como Ferrer, sobre todo cuando la autora afirma que las reglas presuntivas no afirman el acaecimiento de un hecho, sino que facilitan la toma de decisión en un contexto de incertidumbre. FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 53.

³²⁸ “In answer to this question I submit that the presumption rule involve no commitment to, nor guarantee of, the truth value of the presumed fact *q*. It makes no claims upon its subjects’ cognitive or epistemic systems. The rule entitles one to hold *q* as true for the purpose of concluding one’s practical deliberation on the impending issue; it neither requires nor entitles one to believe that *q*”. ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. *op. cit.* p. 149.

³²⁹ *Ibid.* pp. 156-157.

³³⁰ En el capítulo III nos referiremos detalladamente sobre el riesgo diferenciado de error que nosotros estamos dispuestos a tolerar.

despropósito reducir la discusión sobre la norma de presunción de inocencia al valor instrumental que reside en ella³³¹ (este aspecto del problema también es abordado por Edna Ullman-Margalit³³²).

Josep Aguiló, por su parte, también apoya la lógica instrumental que subyace detrás de las presunciones. El autor resalta el cometido que cumplen estas reglas en el contexto de una deliberación práctica³³³ en el cual los sujetos están obligados a actuar, sin prescindir del rol garantista de las mismas. Para Aguiló, el aporte que ofrece este tipo de normas es superar una situación de impasse dentro del contexto de adjudicación como consecuencia de la ausencia de datos probatorios que habiliten a justificar una determinada aserción fáctica³³⁴ (“sin la noción de proceso decisorio, las normas de presunción carecen de sentido”³³⁵). En este sentido, si relacionamos lo anterior con la parcialidad que argumenta Edna Ullman-Margalit, tendríamos que decir entonces que en una situación de impasse, la proposición fáctica en favor del acusado perjudica a la parte acusadora que no recibe beneficio probatorio alguno.

Ahora bien, es relevante entender que el *proceso decisorio* que hemos previamente señalado, es más que el puro momento de la adjudicación de la sentencia. Si bien éste es su nota más distintiva, para la tesis que nosotros sostenemos es menester considerar cualquier decisión, aun de carácter preliminar, que sea trascendental dentro del proceso. *Una de estas es el momento en que el juez penal debe conceder o rechazar la solicitud de prisión preventiva.*

A su turno, Jordi Nieva sin manifestarlo explícitamente, también le concede a la presunción de inocencia un propósito práctico. Si bien reconoce su origen primigenio como una regla de carga de la prueba, hoy la inocencia estaría constituida, en su opinión, como una alternativa al *non liquet* en materia penal. En su propuesta, si no existiera la presunción de inocencia el órgano jurisdiccional tendría mayores estímulos para condenar en pos de la protección de la certeza jurídica. Enseña el autor: “la presunción de inocencia le obliga [al juez] a superar esa perspectiva en beneficio de la verdadera seguridad jurídica, que es la que se produce cuando el Estado castiga a los auténticos culpables, y no

³³¹ AGUILÓ REGLA, J. 1999. *op. cit.* p. 654.

³³² “Is the justification of presumptions in normative terms which touches what I take to be the core of the concept of presumption. If the first type of consideration had to do with the *chance* of error, this normative type of consideration has to do with the *acceptability* of error. Presumption rules operate in situations where actions have to be decided upon in the light of insufficient information and often under external pressures and constraints. Errors (i.e., proceeding on *q* when not-*q* is in fact the case and vice versa) are bound to occur. There is no question of avoiding errors; at best there is the question of reducing their number. But a different sort of question is whether one type of error is to be preferred, on grounds of moral values or social goals, over the other(s)”. ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. *op. cit.* p. 159.

³³³ AGUILÓ REGLA, J. 1999. *op. cit.* p. 650.

³³⁴ *Ibid.* p. 651.

³³⁵ AGUILÓ REGLA, J. 2006. *op. cit.* p. 19.

cuando persigue a inocentes, haciéndoles parecer culpables, para dar una simple sensación, falsa por supuesto, de eficacia”³³⁶.

Para ser exactos, lo que hace Nieva es tomar como punto de partida que el proceso está encaminado solucionar el *dubium* jurisdiccional. En materia exclusivamente penal, el *dubium* estaría conformado por la decisión de confirmar la inocencia o decretar la culpabilidad de un acusado. En este cometido, la presunción de inocencia juega un rol vital en aquellos casos en que no hay pruebas suficientes para condenar a un acusado, o existiendo pruebas y habiéndolas valorado racionalmente conforme a la libertad probatoria, queda un espacio de ambigüedad que complejiza tomar un curso de acción. Aquí reside el principal valor de la presunción de inocencia, toda vez que entrega una salida práctica al *non liquet*, pero al mismo tiempo se advierte su mayor crítica, puesto que no enfrenta directamente el *dubium*, y con ello, no resuelve efectivamente la duda³³⁷.

Por último, llamaremos la atención sobre un autor nacional que se pronuncia sobre el mismo punto. Para el profesor Jonatan Valenzuela la presunción de inocencia es uno de los tantos mecanismos que coadyuva a disolver la incertidumbre fáctica en aquellos casos en que no se cuenta con suficientes piezas de información probatoria para resolver la verdad o falsedad de una determinada proposición fáctica³³⁸. Como podemos ver, su aseveración tampoco contiene referencias expresas al contenido práctico que tiene la norma, sin embargo, creemos que sus deducciones apuntan en el mismo sentido. En su concepción, la finalidad práctica de la institución se pone de manifiesto cuando la presunción de inocencia actúa como regla de prueba y de juicio, y sobre todo, cuando construimos reglas de *estándar de prueba* que reflejan una determinada distribución de errores en las decisiones judiciales que cumplan con la exigencia de ser controladas intersubjetivamente³³⁹.

La propuesta teórica de Valenzuela no se aleja de lo que ya había puesto de relieve Edna Ullman-Margalit al estimar que este déficit de información (lo que Rescher entendía como “un argumento *en ignorancia*”³⁴⁰) que debía ser derribado requería de un medio genérico de *desenredo* de

³³⁶ “Si se ha cometido un delito y no sabe quién ha sido su autor, lo normal es que el juez desconfe de quien ha sido señalado como sospechoso en el proceso (...) lo más fácil sería dejar al sospechoso en prisión en espera de encontrar al auténtico culpable”. NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 50. El paréntesis en corchetes es nuestro.

³³⁷ *Ibíd.* p. 58, 132.

³³⁸ VALENZUELA, J. 2013. *op. cit.* pp. 13-14. En sus palabras: “Las reglas llamadas presunciones constituyen una manera de negar un determinado déficit de información que nos impida la toma de una determinada decisión. De algún modo, estas reglas nos ponen en una determinada situación por defecto”. *Ibíd.* p. 14.

³³⁹ *Ibíd.* pp. 21-22.

³⁴⁰ SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, C. 2010. *op. cit.* p. 137.

procesos deliberantes sin resolver. ¿Cuál sería ese medio? Cualquiera que provea de una solución general por defecto. Aquí será la inocencia³⁴¹.

Como se puede desprender, la dimensión recién revisada resulta provechosa y sumamente atractiva, sin embargo, hay que ser cautos respecto de sus alcances. Esto, por cuanto la urgencia de resolver un *desenredo procesal* no es la única explicación suficiente para abordar la justificación de la presunción de inocencia. Antes bien, necesitamos acudir a nociones que superen los límites instrumentales que esta regla contiene.

Para ello es que a continuación abordaremos su dimensión epistemológica.

1.6.4. Orientación epistemológica

Fijarle un componente epistémico a la norma de presunción de inocencia ha sido uno de los presupuestos más controvertidos al momento de determinar el contenido y asignar las consecuencias jurídicas de esta regla. Muchos intelectuales rechazan fuertemente esta posibilidad. Para ello, citaremos algunos fragmentos de distintos autores que dan cuenta de esto:

(i) “Las presunciones legales (...) no son una inferencia que va de un hecho conocido a un hecho desconocido, sino una regla jurídica que dispensa de la necesidad de acreditar un hecho y que traslada al oponente la carga de la prueba de lo contrario. Las presunciones simples, por el contrario, sí consisten en un razonamiento en el que la prueba de un hecho sirve como sustento para inferir la existencia de otro hecho. Las presunciones legales, por tanto, no proporcionan elementos de prueba, es decir, *no son un instrumento cognoscitivo para la determinación de los hechos* (i.e. no proporcionan información acerca de cómo ocurrieron determinados hechos)”³⁴².

(ii) “La presunción de inocencia, entendida como la principal garantía del acusado en el proceso penal, *no cumple en realidad una función epistemológica* – no es un método de conocimiento o de determinación de los hechos -, pues tiene en realidad ‘un sentido práctico que se manifiesta en su

³⁴¹ “This situation paradigmatically calls for a generic means of extrication. It is not to function as a surrogate for the deliberation process in each particular case. It is, rather, to provide a general direction for solution for the unresolved deliberation processes. The defendant -any defendant- is either to be acquitted for lack of proof of guilt or else is to be found guilty for lack of proof of innocence. Structurally speaking, either of these two counterpresumptions will do; both supply a procedure for decision by default”. ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. *op. cit.* p. 156.

³⁴² GAMA LEYVA, R. 2013. *op. cit.* p. 75.

carácter de cláusula de cierre del sistema de garantías que muestra la preferencia del legislador en torno a la necesidad de condenar exclusivamente cuando la culpabilidad haya sido demostrada”³⁴³.

(iii) “Ahora bien, es cierto que la tarea del juez en la indagación de los hechos está dirigida a la búsqueda de la verdad, *pero lo que no parece es que la presunción de inocencia cumpla aquí un papel epistemológico*. Su función no es la de servir para mejor conocer unos hechos (quien se propone simplemente conocer, como el historiador o el detective, no opera justamente con ese principio), sino la de evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de inocentes), para lo cual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolución de culpables), pero que se considera menos malo que el otro. En definitiva, la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino de carácter práctico, (...)”³⁴⁴.

De estos párrafos mencionados nos quedaremos con el último, el que versa sobre una antigua polémica académica sostenida entre Perfecto Andrés Ibáñez y Manuel Atienza³⁴⁵, cuyas premisas originarias parecen seguir imperando en publicaciones más recientes.

En un trabajo que data de 1992, Perfecto Andrés Ibáñez -siguiendo muy de cerca los postulados sostenidos por Ferrajoli³⁴⁶- estima que la presunción de inocencia es una regla procesal con un fuerte interés epistemológico, vale decir, una regla encauzada a la búsqueda de la verdad. En su visión, la labor que lleva a cabo el juez tiene por objetivo evaluar la aceptabilidad de las hipótesis que versan sobre la determinación de los hechos puesto que la finalidad del proceso es el conocimiento de los mismos, razón por la cual lo lleva a concluir que cualquier interés distinto a éste ha de ser apartado. Dicho esto, la presunción de inocencia no puede ser menos que congruente con ese propósito específico: “Hablo en este caso de interés como *interés epistemológico* que tiene expresión legal en el principio de presunción de inocencia, criterio-guía que aquí debe jugar como barrera impuesta al intérprete (...)”³⁴⁷. En este sentido la garantía procesal -según sus propios términos- de presunción de

³⁴³ BUSTAMANTE RÚA, M. 2012. *op. cit.* p. 32. Las cursivas son nuestras.

³⁴⁴ ATIENZA, M. 1994. Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la democracia* (Nº 22): p. 84. Las cursivas son nuestras.

³⁴⁵ Esta discusión ha sido tratada también por Daniel González Lagier. Véase GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 92.

³⁴⁶ “Y piénsese, por otro lado, en las reglas jurídicas expresamente epistemológicas: como las normas sobre las formas de las investigaciones sumariales, sobre la interpretación de la ley penal y sobre la prohibición de analogía, la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la carga de la prueba atribuida a la acusación, el principio *in dubio pro reo* y la presunción legal de verdad de las tesis contenidas en las sentencias firmes”. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 60.

³⁴⁷ IBÁÑEZ, P. 1992. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. (Nº 12): p. 266.

inocencia, posee un aspecto epistemológico dentro del marco en el que se desenvuelve las inferencias inductivas del juez³⁴⁸.

Es frente a lo anterior que Manuel Atienza reprueba teóricamente el artículo de Perfecto Andrés Ibáñez en los términos ya aludidos en el párrafo de más arriba designado como “(iii)”. No obstante ello, dos años más tarde, de manera incesante, vuelve a replicar Andrés Ibáñez sobre el mismo punto, afirmando lo siguiente: “Estoy de acuerdo en que la efectividad del principio de presunción de inocencia es el medio más idóneo para garantizar que no se produzca ese resultado indeseable [la consecuencia no deseable, entendemos, dice relación con el riesgo de incurrir en errores judiciales sumamente gravosos como es la condena de inocentes; o en nuestra propuesta de investigación, la dictación errónea de prisiones preventivas o de cualquier otra medida cautelar personal de menor intensidad]. Ahora bien, entiendo, con Ferrajoli, que si eso sucede es precisamente porque un proceso penal de esa inspiración es el que hace posible, en general, el mayor grado de aproximación a la verdad empírica. (...) En este sentido, la presunción de inocencia hasta prueba en contrario es, como sostiene Ferrajoli, *una garantía de verdad: la garantía contra la aceptación como verdaderas de hipótesis acusatorias inciertas*”³⁴⁹.

Tiempo después Perfecto Andrés Ibáñez reforzaría el argumento. En efecto, da cabida a la posibilidad de que la función cognoscitiva del proceso pueda armonizarse con fines distintos a los de raigambre epistémica, como es la tutela de los derechos fundamentales. De hecho en su opinión, una inobservancia de las reglas procesales que ofrecen protección a los ciudadanos tiene repercusiones negativas con la calidad de información que se aporta al juicio y eso ataca profusamente la averiguación de la verdad procesal³⁵⁰. El tránsito marcadamente progresivo e histórico desde un sistema procesal inquisitivo a uno de corte acusatorio da cuenta de esto y es algo que para el autor es de una importancia no desdeñable. Es por ello que su argumento se vuelca al punto de sostener que “la presunción de inocencia haya de presidir todo el curso de formación de la prueba, en régimen de efectiva contradicción, en el respeto de los derechos fundamentales del imputado y el de legalidad procesal”³⁵¹.

Es en base a lo anterior que la presunción de inocencia estaría asociada en tanto principio con dos dimensiones: una ético-política y una *epistémica*. Dentro de esta última, su fin ulterior es contribuir como una norma básica dentro de un procedimiento racional que nos aproxime a la consecución de una

³⁴⁸ *Ibid.* pp. 284-285. El autor confirma el mismo argumento 17 años más tarde en: IBÁÑEZ, P. 2009. *op. cit.* p. 186.

³⁴⁹ IBÁÑEZ, P. 1994. De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza. *Jueces para la democracia*. (Nº 22): p. 88.

³⁵⁰ IBÁÑEZ, P. 2009. *op. cit.* pp. 185-186.

³⁵¹ *Ibid.* p. 79.

verdad relativa (aunque para Perfecto Andrés Ibáñez, de carácter formal³⁵²), la cual siendo representativa del respeto por los derechos y garantías de los ciudadanos, ponga freno a las arbitrariedades que producen algunas erróneas decisiones judiciales. En definitiva, la inocencia al ser un elemento más del elenco de derechos y garantías procesales reconocidas en un moderno sistema acusatorio, no la inhabilita para que pueda rendir igualmente como una herramienta epistémica que provea información de calidad, entre otras cosas, por las siguientes razones: “por la señalada tendencial objetividad en el tratamiento de los indicios, que asegura; porque anticipa el umbral de la contradicción como método de obtención de los datos relevantes; porque exige desde el comienzo *juego limpio* en el tratamiento de éstos”³⁵³.

El núcleo central de la discusión llevada a cabo por Perfecto Ibáñez y Atienza y a la cual queremos poner énfasis, es anotado y expuesto de manera interesante por Daniel González Lagier. El procesalista español advierte que si uno revisa cuidadosamente los párrafos citados anteriormente, Perfecto Andrés Ibáñez no siempre describe en forma clara, precisa y específica a qué se refiere cuando asevera que el principio de presunción de inocencia es una “garantía epistemológica”³⁵⁴. A nuestro juicio, darle contenido y forma a esta proposición lingüística es clave por las consecuencias que puedan derivarse del significado que queramos atribuirle.

Expresa González Lagier: “*Si por ‘garantía epistemológica’ entendemos aquella institución que es eficaz para averiguar qué es lo que realmente ocurrió acerca de los hechos que se investigan*”³⁵⁵, esto es, si “X cometió o no el delito “Y” por el cual se le atribuye una participación culpable -y con ello nos aproximamos a la relación existente entre la verdad empírica y la hipótesis de que se tenga por probada-, la regla de presunción de inocencia estaría lejos de ser una norma que atienda al carácter cognoscitivo del proceso³⁵⁶. Antes bien, los derechos que protegen a los acusados como la presunción de inocencia se oponen justamente a esta finalidad puramente epistémica³⁵⁷. Empero, si por “garantía epistemológica” entendemos a esta regla como un mecanismo que ayuda a distribuir el riesgo de error en forma diferenciada de modo que prefiramos evitar el riesgo de error de

³⁵² “En definitiva, la clase de verdad procesal resultante del esfuerzo doctrinal y práctico de que da fe este breve elenco de aportaciones, es la asociada al principio de presunción de inocencia. Menos ambiciosa, más modesta en su alcance, como corresponde a un fruto del método inductivo. No *real o material*, y menos aún *absoluta*”. *Ibíd.* p. 186.

³⁵³ *Ibíd.* p. 187.

³⁵⁴ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 92.

³⁵⁵ *Ibíd.* p. 92. Las cursivas son nuestras

³⁵⁶ *Ibíd.* p. 92.

³⁵⁷ Es lo que sucede con las reglas de exclusión de prueba ilícita. Una ilicitud en la obtención del material probatorio atentaría en algunos casos contra el derecho fundamental a la presunción de inocencia, cuestión que está proscrito en nuestra legislación procesal penal y en otros tantos sistemas jurídicos vigentes. En opinión de algunos autores, en nuestra legislación las restricciones a la admisibilidad de algunas piezas de información que pretenden ser introducidas en un procedimiento son escasas, y es conveniente que así sea. Véase COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* pp. 10-11; COLOMA CORREA, R. 2012. *op. cit.* p. 212.

un falso positivo (declarar probada una proposición fáctica que es falsa³⁵⁸) aun a costa de elevar el riesgo de error de un falso negativo (no declarar probada una proposición fáctica que es verdadera³⁵⁹) a través de la formulación de un *estándar de prueba*³⁶⁰, entonces realmente a la presunción de inocencia si puede atribuírsele un contenido de naturaleza cognoscitiva³⁶¹.

En efecto, este modo de comprenderla nos encauza hacia el objetivo de satisfacer la corrección epistemológica de las hipótesis en competencia (aquí, la específica hipótesis acusatoria³⁶²). El estándar de prueba, según veremos en el capítulo final de esta memoria, es una de las reglas capitales que se inclinan en dirección al cumplimiento de estos fines.

En esta investigación nosotros adherimos a la conclusión expuesta por González Lagier. Es decir, aquella que establece que por un lado, la presunción de inocencia efectivamente tiene un matiz epistemológico que nos aproxima a una verdad relativa con pretensiones de racionalidad, y que por otro, cubre la necesidad práctica de tomar una decisión judicial en casos de incertidumbre fáctica durante todo el iter procesal³⁶³. Por ello, más allá de que la regla se desenvuelva en un contexto práctico como es el del proceso judicial penal, no por ello se escinde de su intrínseca naturaleza cual es ser una regla de inferencia epistémica de inagotable valor en el razonamiento probatorio³⁶⁴. No se trata, por lo tanto, de que un valor quede subordinado o se vea instrumentalizado por otro, sino por el contrario, de que ambas características puedan complementarse e interactuar sin problemas. Desde luego, el arribo a esta conclusión pretende ser congruente con lo sostenido al inicio de este capítulo sobre la finalidad del proceso como un método de solución de conflictos que sea compatible con la búsqueda de la verdad³⁶⁵.

A la misma deducción llega en nuestra doctrina Ramón Beltrán quien incluso se anticipa proponiendo desde ya una nueva construcción de estándar de prueba cautelar sobre el elemento material (*fumus bonis iuris*) de la prisión preventiva (la que veremos en detalle hacia el final de esta memoria). Una de las razones que lo lleva a justificar su formulación teórica está asentada en la

³⁵⁸ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. (N° 28): p. 130.

³⁵⁹ *Ibíd.* p. 130. .

³⁶⁰ En un sentido de praxis jurídica esto sería evitar el riesgo de error de que se condenen a inocentes aun a costa de que se absuelvan a mas culpables, o en una etapa más preliminar (que es lo que proponemos en esta investigación), evitar el riesgo de error de que se decrete incorrectamente una prisión preventiva aun a costa de que aumentan las prisiones preventivas que incorrectamente no se decretaron. Volveremos sobre este acápite en el capítulo III.

³⁶¹ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 93.

³⁶² *Ibíd.* p. 93.

³⁶³ *Ibíd.* p. 93.

³⁶⁴ *Ibíd.* p. 95.

³⁶⁵ Incluso tomando el acto de habla presunción, existirían según Hage, cinco dimensiones en que es posible refutar una presunción en el ámbito jurídico. Una de ellas es justamente la *dimensión epistemológica*, que exige asumir que las conclusiones inmersas en una presunción son siempre falibles. La presunción de inocencia puede ser entonces derrotada por su falibilidad, razón por la cual está sujeta a revisión. SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, C. 2010. *op. cit.* p. 149.

presunción de inocencia, a la que considera como un “criterio epistemológico con claras repercusiones prácticas”³⁶⁶. La prisión preventiva, en la medida que pretenda asegurar los fines del procedimiento, no se opone a la presunción de inocencia, según veremos en el capítulo II. De hecho, acudir al criterio de inocencia permite justificar su imposición siempre que entendamos que esta verdad interina busca garantizar el mayor grado de corroboración epistémica de la hipótesis que sustenta la parte acusadora³⁶⁷.

Cabe destacar que entender estas instituciones en el derrotero que aquí hemos apuntado, no solamente tiene por objetivo que se concedan (o denieguen) en forma correcta las prisiones preventivas, sino que también evita que se encierre preventivamente (o que se lo encierre por un tiempo innecesario) a la persona que aún goza del derecho fundamental a la presunción de inocencia en un estadio procesal preliminar.

1.7. Relación de la presunción de inocencia con una regla de estándar de prueba

Determinar el significado, naturaleza jurídica y dimensiones en las que tiene aplicación la presunción de inocencia tiene un objetivo específico, cual es poder establecer una relación entre el contenido atributivo de dicha regla con la construcción -eventual- de un estándar de prueba que pueda ser aplicado en la discusión de las medidas cautelares en general, y de la prisión preventiva, en particular. Para aproximarnos a esta dificultad teórica y práctica, es que estudiaremos antes el efecto que tiene esta regla en el estándar de prueba en general.

Para lo anterior usaremos como referencia la contribución académica de los trabajos de Larry Laudan a la discusión jurídico procesal. Como dijimos al inicio de este trabajo, la propuesta del autor resulta del todo atractiva toda vez que se aproxima al problema planteado no desde la ciencia jurídica o social, sino desde la *epistemología jurídica*³⁶⁸. Su investigación aspira a responder, al contrario de los abogados o filósofos del derecho, a la siguiente interrogante: “¿cuán bien (o cuán mal) cumplen su función los sistemas de investigación existentes entendidos en un sentido amplio como motores para descubrir la verdad sobre temas significativos relacionados con los seres humanos? (...) ¿cómo podrían ser mejoradas estas prácticas para reducir el error?”³⁶⁹. La formulación de estas preguntas están

³⁶⁶ BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 472.

³⁶⁷ *Ibid.* p. 472.

³⁶⁸ Ya en la primera página de su publicación “*Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*” el autor confiesa que no es abogado ni filósofo del derecho, y que desde esa perspectiva enfrentara los problemas jurídicos que se suscitan en el proceso penal. LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 95.

³⁶⁹ *Ibid.* p. 96.

dirigidas a ensayar el diseño de estructuras, mecanismos profilácticos y respuestas procesales que nos acerquen con un alto grado de probabilidad a la producción de fallos verdaderos³⁷⁰.

Este esfuerzo teórico requiere asumir el presupuesto de que existen reglas procesales que se oponen a esta búsqueda o que persiguen fines alternativos a la reconstrucción de la verdad, como ocurre, por ejemplo, con la tutela de los derechos constitucionales y garantías procesales de los ciudadanos, al extremo que incluso Laudan estima que el tipo de reglas motivadas por estos fines deberían ser modificadas o bien derogadas del sistema jurídico³⁷¹. La presunción de inocencia sería uno de estos derechos fundamentales respecto de los cuales habría que cuestionar el aporte que entregan a la averiguación de la verdad. Esto se traduce en determinar si su influencia contribuye al esclarecimiento de la verdad o si por el contrario, la dificulta, cuestión de la cual ya nos hicimos cargo en el apartado anterior.

El deseo por incrementar la probabilidad de que existan sentencias verdaderas erigidas a partir de un esquema de investigación apoyado en una perspectiva epistemológica se compone de dos elementos, a saber: “a) uno de carácter descriptivo, consistente en determinar cuáles de las reglas vigentes promueven o facilitan la verdad y cuáles la obstaculizan, y b) otro normativo, consistente en proponer cambios en las reglas exigentes al efecto de modificar o eliminar aquellas que constituyen impedimentos graves para la búsqueda de la verdad”³⁷².

La regla a analizar aquí será la presunción de inocencia, por lo que la letra “a)” precedente ya estaría resuelta. Lo mismo acontece con la letra “b)”, la cual estaría comprendida por el esquema propuesto, a pesar de la opinión de algunos detractores -como el mismo Laudan- que si bien rechazan su contenido epistémico, no llegan al límite de estar dispuestos a eliminarla completamente del sistema jurídico.

Dicho lo anterior, el esquema de investigación que propone el epistemólogo es uno que reconoce distintos tipos de valores que estarían incorporados en los sistemas de justicia penal: (a), *valores extraepistémicos* dentro de los cuales estarían incluidos los intereses jurídicos de los acusados, y por ende, la presunción de inocencia; (b) *valores epistémicos* (núcleo duro de la epistemología jurídica) y (c) *valores quasi-epistémicos* (núcleo débil de la epistemología jurídica³⁷³). El valor

³⁷⁰ “En términos generales, la epistemología aplicada es el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 23.

³⁷¹ *Ibíd.* p. 23.

³⁷² *Ibíd.* p. 23.

³⁷³ LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 97. Apoyando esta clasificación de Laudan, véase también COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 211.

designado como “(b)” está orientado a indagar la verdad sobre la comisión del delito por lo que su finalidad sería *reducir* el error judicial, esto es, evitar el pronunciamiento de un veredicto falso (evitar la condena de un inocente o la absolución de un culpable³⁷⁴). Por su parte, el valor designado como “(c)” acepta la premisa de que los errores judiciales indefectiblemente se producirán -a pesar del encomiable esfuerzo puesto en su no ocurrencia-, es por ello que la finalidad de este tipo de errores no es que se reduzcan los mismos, sino que se *distribuyan*³⁷⁵. Esto supone decidir, *ex ante*, de qué manera distribuiremos en forma diferenciada el error. Para ello, debemos determinar la clase de error que deseamos evitar debido al alto costo o dañinidad social que produce su acaecimiento.

Adelantándonos a lo que desarrollaremos pormenorizadamente en el capítulo III, podemos establecer que la toma de una decisión ética- política nos llevaría a resolver que el riesgo de error de incurrir en la condena de un inocente es más gravoso que la absolución de un culpable. Desde luego que otro tipo de sociedad podría sensatamente resolver algo distinto, es decir, que cierto tipo de errores (la absolución de un culpable) es menos aceptable que otros (la condena de un inocente). Es sobre estos valores quasi-epistémicos donde estarían comprendidas reglas como la presunción de inocencia, la carga de la prueba, el *in dubio pro reo* y el estándar de prueba³⁷⁶.

El error judicial en materia penal más estudiado ya sea por apreciaciones lógicas, epistemológicas o por los bienes jurídicos en disputa es el que se comete de cara a la sentencia definitiva, esto es, el riesgo de que se declare por probada una proposición falsa (condena de un inocente) o el riesgo de que se declare por probada una proposición verdad (absolución de un culpable³⁷⁷). No obstante, esto dista de ser el único tipo de desacierto judicial susceptible de producirse durante el iter procesal. .

El mismo Laudan establece que un tipo de error es aquel que se produce cuando -escribe el autor- la “causa en cuestión no haya alcanzado tal instancia [el autor se refiere a la fase del juicio oral], una persona culpable ha eludido el juicio correspondiente o una persona inocente se ha declarado culpable y el tribunal ha aceptado tal determinación”³⁷⁸. A renglón seguido, afirma lo siguiente: “Obviamente, una manera en que pueden darse estos errores es en términos de una condena falsa o de

³⁷⁴ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 22.

³⁷⁵ *Ibid.* p. 22.

³⁷⁶ LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 98.

³⁷⁷ El estándar de prueba penal en la sentencia definitiva procura evitar especialmente el falso positivo (condena de un inocente) aun a costa de elevar el riesgo de un falso negativo (la absolución de un culpable). En los mismos términos lo expone Laudan, designando como “falso hallazgo inculpatario” cuando una persona inocente es considerada como culpable, y “falso hallazgo exculpatario”, cuando una persona culpable es considerada como inocente. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 34. V.t. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXVII: p. 488.

³⁷⁸ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 34. El paréntesis en corchetes es nuestro.

una absolución falsa. Pero ¿qué hemos de decir de la persona culpable que ha sido arrestada, que se le han imputado cargos relativos a algún delito que sí cometió y que, pese a ello, la acusación decidió retirar los cargos o el juez desestimarlos? *Estos casos son instancias de error con la misma certeza con que lo es una absolución falsa*³⁷⁹.

Como se advierte, las instancias en las que puede proliferar alguna forma de error son infinitas e imposibles de cuantificar. Del mismo modo, las causas de su generación obedecen a múltiples factores, algunos de los cuales veremos en el capítulo III. Lo importante ahora es poner de manifiesto que el formato de error que interesa tratar acá, desde una vertiente epistemológica, no es aquel que puede producirse tan solo por infringir alguna regla procesal o de derecho penal sustantivo hacia el final del proceso (errando en identificar y sancionar al verdadero culpable o errando en identificar y liberar al verdadero inocente³⁸⁰). Al contrario, nuestra propuesta de investigación reposa en el planteamiento de que este fenómeno también es predicable de una decisión que se produce en etapas tempranas del procedimiento, vale decir, cuando se yerra al encerrar *preventivamente* a aquel respecto del cual *no* existían antecedentes para hacerlo, o cuando se yerra al liberar a aquel respecto del cual *sí* existían antecedentes suficientes para *preventivamente* encerrarlo. En síntesis, es perfectamente posible que el sistema de justicia penal conceda erróneamente -falsamente- una prisión preventiva que no debió haberse dictado o se deniegue erróneamente -falsamente- una prisión preventiva que sí debió haberse dictado.

Una vez resuelta la controversia, el paso siguiente es determinar el rol que cumple el derecho fundamental a la presunción de inocencia en la forma de repartir estos errores. Establecer una razonable asociación entre estos conceptos es trascendental a la hora de preguntarse sobre la posibilidad o imposibilidad de fijar en esta fase procesal un baremo probatorio.

Como sostuvimos al inicio, la construcción normativa de un umbral de suficiencia probatoria exige *ex ante* tomar una decisión político-valorativa acerca del modo particular en que distribuiremos los riesgos de error en esta etapa del proceso. En términos simples, tenemos que decidir qué clase error vamos a preferir: *evitar el riesgo de que se decrete una prisión preventiva en contra de un imputado respecto del cual no concurren los requisitos legales de esta medida cautelar* o *evitar el riesgo de que no se decrete una prisión preventiva en contra de un imputado respecto del cual sí concurren los requisitos legales de esta medida cautelar*. Dado que el conocimiento humano es falible y ambas clases

³⁷⁹ *Ibíd.* p. 35. Las cursivas son nuestras.

³⁸⁰ En efecto, nada garantiza que una sentencia (o veredicto en los términos anglosajones de Laudan) sea verdadera por el solo hecho de seguir estrictamente las reglas y etapas de un proceso. Pueden convivir perfectamente un fallo falso a pesar de seguir cada una de las reglas del procedimiento, y viceversa. La forma de concebir adecuadamente esto requiere entender la distinción entre *inocencia material* e *inocencia probatoria* y *culpabilidad material* y *culpabilidad probatoria*. *Ibíd.* pp. 36-37.

de error son imposibles de ser derribados en forma definitiva, la inclinación que adoptemos en favor de uno de estos, será el fundamento último que tendremos en cuenta para construir una regla de estándar en este estadio procesal. Solo así podremos disolver la incertidumbre fáctica y controlar de manera intersubjetiva la decisión judicial que se pronuncia sobre una medida cautelar personal de esta envergadura.

Adelantaremos la idea de que en nuestra opinión, *es siempre preferible evitar el riesgo de error de que se decrete una prisión preventiva en contra del imputado respecto del cual no existen antecedentes suficientes para concederla, aun a costa de elevar el riesgo de que no se decrete una prisión preventiva en contra del imputado respecto del cual sí existen antecedentes suficientes para decretarla*³⁸¹. En esta elección la presunción de inocencia se instala como el valor quasi-epistémico significativo a tener en cuenta, toda vez que al ser una piedra angular del sistema procesal penal vigente influye decisivamente en las normas jurídicas que presiden en gran parte el curso del procedimiento. Si al imputado se lo debe tener por inocente hasta que el Estado no pruebe la culpabilidad de éste logrando desvirtuar la presunción que corre en su favor, nada justifica preferir impedir que se concrete el riesgo de error de denegar incorrectamente una medida cautelar que sí debería concederse. Su funcionalidad como *regla de trato* es crucial para el modo particular de distribuir estos errores cautelares.

Esta conclusión es apoyada por Laudan para quien la presunción de inocencia, la carga de la prueba, el beneficio de la duda y el estándar objetivo de prueba, son todos instrumentos confeccionados para distribuir diferenciadamente el error -en favor de la posición jurídica del acusado- antes que para reducirlo³⁸². Escribe el autor: “aunque ninguno de estos cuatro preceptos está inspirado en la búsqueda de la verdad deben, no obstante, ocupar un lugar central en un libro de epistemología del derecho

³⁸¹ La convicción puesta en esta elección se profundiza más si incluimos, por ejemplo, el costo de una errónea concesión de una prisión preventiva respecto del imputado que es declarado inocente en la sentencia definitiva v/s el costo de una errónea denegación de una prisión preventiva respecto del imputado que es declarado culpable en la sentencia definitiva. Este tema será ahondado en el capítulo final de esta memoria.

³⁸² LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* pp. 98, 111-112; LAUDAN, L. 2011b. El contrato social y las reglas del juicio: un replanteo de las reglas procesales. *En*: El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. p. 210; LAUDAN, L. 2011a. Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal. *En*: El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. p. 113. Cabe destacar que el autor en este último trabajo está pensando en un estándar de prueba de condena. En la medida que este estándar es exigente, nociones como la carga de la prueba y la presunción de inocencia serían redundantes, ya que estarían incorporadas en la misma regla de estándar. Parte de la jurisprudencia anglosajona ha sostenido la posición contraria, en el sentido de ver en la presunción de inocencia el fundamento de poner la carga de la prueba en la parte acusadora, siendo capaz por sí sola de generar una duda razonable en el jurado, lo que para Laudan sería una cuestión inconcebible. Sobre esto último véase LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* pp. 139-141. Sobre la idea de que otras reglas diferentes al estándar (como las de carga de la prueba o valoración de la prueba) también pretenden distribuir los riesgos de error, véase COLOMA CORREA, R. 2012. *op. cit.* p. 226. En el mismo sentido, Accatino, quien explica cómo reglas insertas en sistemas jurídicos anglosajones (v.gr., exclusión de prueba, limitación al testigo de oídas, sujeción del valor probatorios de determinados medios de prueba a otros elementos probatorios) cumplen el mismo propósito de repartir en forma específica el riesgo de error. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 501.

procesal penal, dado que, peso a no estar basados en razones epistémicas, tienen profundas repercusiones en este ámbito”³⁸³.

En definitiva, existe una estrecha vinculación entre la presunción de inocencia y un eventual estándar de prueba que se construya para proveer de racionalidad a la decisión judicial que se pronuncie sobre la medida cautelar personal más intensa del sistema. La forma específica en que se articula esta relación será examinada exhaustivamente en el capítulo final de esta investigación.

1.7.1. Inocencia material v/s inocencia probatoria

Para concluir este capítulo queremos precisar a qué tipo de inocencia nos referimos cuando hablamos acerca de un procedimiento penal que está presidido por este principio. Algo adelantamos en la sección 1.2.1., pero es aquí donde reflexionaremos en profundidad sobre el asunto.

Ser culpable y ser hallado culpable son cosas ontológicamente distintas, lo mismo que ser inocente y ser hallado inocente. En efecto, una cosa es lo que realmente es y otra distinta es lo que las pruebas dicen ser. A modo introductorio, es preciso indicar que la denominación empleada entre los pares [*culpabilidad material/probatoria*] e [*inocencia material/probatoria*] no es tan extraña en nuestra literatura nacional. Si bien no lo expresan con estas palabras, algunas referencias pueden encontrarse en autores como Juan Colombo Campbell y el distinguido penalista Alfredo Etcheberry. El primero señala lo siguiente: “En concordancia con mi hipótesis de trabajo y para cubrir cabalmente este tema, creo que resulta imprescindible distinguir entre las resoluciones vinculadas a la inocencia que se dictan durante la sustanciación del proceso y que inciden en lo que yo llamo *inocencia procesal* y la sentencia final que se pronuncia sobre *la inocencia penal*”³⁸⁴. A renglón seguido, expresa el autor: “La primera puede disminuir o incluso terminar de acuerdo a los elementos probatorios del proceso”³⁸⁵.

Por su parte, el segundo autor relata en un antiguo artículo de opinión publicado en la Revista del Colegio de Abogados del año 1994 lo siguiente: “¿Cuál debe ser la actitud del abogado cuando sabe que su defendido es culpable? (...) La actitud correcta del defensor de un acusado a quien sabe culpable, debe ser la de afirmar que no existe prueba legal suficiente y convincente de que su

³⁸³ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 60.

³⁸⁴ COLOMBO CAMPBELL, J. 2005. *op. cit.* p. 28. Las cursivas son nuestras.

³⁸⁵ *Ibid.* p. 30.

defendido es culpable. (...) Es preferible que un culpable quede sin sanción por falta de pruebas, a que un inocente pueda ser condenado sin ellas”³⁸⁶.

Quien sí identifica esta distinción con mayor claridad es Ignacio Castillo Val: “Para los fines del presente trabajo existe una importante diferencia entre los ‘*f inocentes*’ y los *normativamente inocentes* (‘*n inocentes*’). Así, los primeros son inocentes porque no han cometido el delito que se les imputa, sea porque el verdadero autor fue un tercero o porque el delito no existió; y los segundos, aunque *realmente culpables del delito*, son declarados inocentes por razones normativas, sea porque el Ministerio Público no pudo alcanzar el estándar de prueba necesario para obtener una condena, porque parte importante de la evidencia no pudo ser utilizada en el juicio (v.gr. si fue excluida por haber sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, o por la protección del ejercicio de ciertos privilegios o derechos –familiares, profesionales, entre otras), o porque transcurrió el plazo de prescripción de la acción penal, etc”³⁸⁷.

En su opinión, la preocupación epistémica debiese volcarse hacia los fácticamente inocentes³⁸⁸.

En la literatura comparada encontramos un escueto fragmento en Vincenzo Manzini: “El término inocente, en el uso de la práctica procesal penal, no tiene un significado ético, sino exclusivamente jurídico, en cuanto el ‘inocente’, o sea el que ha resultado no ser culpable del delito que se le había imputado, puede ser hasta el más perverso de los delincuentes habituales, pues su ‘inocencia’ se refiere exclusivamente al hecho de que se trata o aun solamente a los requisitos de punibilidad de ese mismo hecho”³⁸⁹.

Lo cierto es que ninguno de los autores mencionados estudia en forma detallada el asunto como lo hace Larry Laudan, de manera tal que concluiremos este capítulo en base a sus trabajos y el de aquellos que se han dedicado a someter a escrutinio su propuesta teórica. Lo primero que afirmaremos es que la presunción de inocencia comprendida en la forma correcta, no hace inocente a una persona que es genuinamente culpable (culpabilidad material) ni las pruebas presentadas en juicio en contra del acusado convierten en culpable al genuinamente inocente (inocencia material³⁹⁰).

³⁸⁶ ETCHEBERRY O., A. 1994. Sobre la afirmación de inocencia del defendido. Revista del Abogado (N° 1): p. 9.

³⁸⁷ CASTILLO VAL, I. 2013. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes). Revista Polítca Criminal del Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca. Vol. 8 (N°15): p. 252.

³⁸⁸ *Ibíd.* p. 253.

³⁸⁹ MANZINI, V. 1952. *op. cit.* pp. 248-249.

³⁹⁰ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 36.

Una persona es auténticamente inocente, es decir, [*materialmente inocente*], cuando no ha cometido realmente el delito y es procesalmente inocente, es decir, [*probatoriamente inocente*], cuando las pruebas que ha reunido la acusación en su contra no han podido satisfacer el estándar de prueba de condena. En contrapartida, una persona es auténticamente culpable, es decir, [*culpable materialmente*], cuando ha cometido realmente el delito y es procesalmente culpable, es decir, [*culpable probatoriamente*], cuando las pruebas que la acusación ha reunido en su contra han podido satisfacer el estándar de prueba de condena.

Las múltiples posibilidades se resumen de la siguiente manera:

1. Inocencia Material → [I] - [M]
2. Inocencia Probatoria → [I] - [P]
3. Culpabilidad Material → [C] - [M]
4. Culpabilidad Probatoria → [C] - [P]

Este conjunto de alternativas nos lleva a establecer la proposición inicial de que “las únicas personas inocentes son aquellas que no cometieron el delito, sin importar lo que un jurado [Laudan está pensando en el sistema judicial norteamericano compuesto por un juez que instruye a los miembros del jurado sobre la ley aplicable al caso³⁹¹] haya podido concluir acerca de su culpabilidad o inocencia y

³⁹¹ En Estados Unidos cada Estado es independiente para establecer las reglas de sus procedimientos penales, sin perjuicio de respetar cada uno de ellos la Constitución de Estados Unidos del gobierno federal y sus enmiendas incorporadas por la *Bill of Rights* de 1791. Al respecto es interesante tener presente el modelo de jurisdicción de California por ser el Estado que lleva a juicio más acusados que cualquier otro Estado, incluso más que el gobierno federal. Para entender el sistema de justicia criminal estadounidense nombraremos las etapas de la fase de juicio: “Los juicios en Cortes estatales y federales siguen una secuencia bien definida. Sus fases son (1) la selección y juramentación (*empanelment*) de los miembros del jurado, (2) las presentaciones iniciales (*opening statements*), (3) la presentación de pruebas por el estado como parte acusadora (*the state’s case-in-chief*), (4) la moción de la defensa por un veredicto dirigido a la absolución, (5) la presentación de pruebas por la defensa (*the defense case-in-chief*), (6) la refutación por el estado (*state’s rebuttal*), (7) la refutación por la defensa (*defense’s rebuttal*), (8) los argumentos finales (*closing arguments*), (9) las instrucciones del jurado (*jury instructions*), y (10) las deliberaciones por el jurado y el veredicto”. MÉNDEZ LONGORIA, M. A. 2007. *op. cit.* pp. 143-144. Recordemos que la institución del jurado está exenta de motivar sus decisiones judiciales. Sobre la relación entre el juez y el jurado, Douglass Cassel señala: “Cuando el inculcado ejerce su derecho al ‘jurado imparcial’ de ciudadanos comunes, el jurado decide toda cuestión de hecho. El juez se limita a decidir cuestiones de derecho y de instruir al jurado sobre el derecho aplicable a la evaluación de las pruebas. Con excepción de casos capitales, en los cuales sólo el jurado puede imponer la pena de muerte,

con independencia de lo que las pruebas disponibles parezcan indicar. De igual manera, los genuinamente culpables siguen siéndolo aun si un jurado, actuando incluso racionalmente, termina por absolverlos”.³⁹² En este sentido, ser [I] - [P] no implica necesariamente ser [I] - [M], del mismo modo que ser [C] - [P] no implica necesariamente ser [C] - [M].

Más interesante aún resulta la combinación de estos pares en los cuales un acusado pueda ser [C] - [M] en circunstancias que el contexto probatorio lo considera [I] - [P], o que un acusado pueda ser [I] - [M] en circunstancias que el contexto probatorio lo considera [C] - [P]. Esto se produce, por ejemplo, en aquellos casos en que el órgano persecutor no es capaz con su acusación de superar el umbral mínimo de suficiencia probatoria para acreditar la culpabilidad del acusado. Esto ocurre, entre otras cosas, porque las pruebas disponibles no establecieron un grado de corroboración suficiente de la hipótesis acusatoria que lograra traspasar el estándar de prueba de condena, sin embargo, ello no significa necesariamente que el acusado no haya cometido el delito y que por ello sea inocente materialmente. Antes bien, el no establecimiento de la culpabilidad probatoria a lo más podría ser conducente al establecimiento de una inferencia de inocencia probatoria. No es extraño entonces aseverar la posibilidad de que una sentencia absolutoria sea plenamente compatible con que el acusado sea culpable materialmente.

Lo anterior es coherente con lo dicho más arriba en cuanto a que todo sistema judicial, por mucho que aspire a la perfección, siempre está expuesto a cometer errores.

1.7.1.1. El problema de la asimetría

Anteriormente adelantamos la conclusión sobre el problema de la asimetría que se produce en el conjunto de distinciones enunciadas como: [I] - [M] | [I] - [P] y [C] - [M] | [C] - [P]. El conflicto se produce cuando aseguramos que del establecimiento de una culpabilidad probatoria puede devenir el establecimiento de la culpabilidad material, toda vez que del establecimiento de la inocencia probatoria no se sigue consecuentemente el establecimiento de la inocencia material³⁹³.

una vez decidido que el acusado es culpable, le toca al juez decidir la pena”. CASSEL, D. 2003. El sistema procesal penal de Estados Unidos. [en línea] <<http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1655/10.pdf>> [consulta 22 de septiembre de 2016], p. 354. El paréntesis en corchetes es nuestro.

³⁹² LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 36.

³⁹³ *Ibid.* p. 147; AGUILÓ REGLA, J. 2006. *op. cit.* p. 24.

Esta consecuencia es relevante, ya que nos emplaza a preguntarnos lo siguiente: ¿Cuál es el tipo de inocencia que le importa o que debiera importarle al proceso? ¿Cuál es el sentido y alcance que tenemos que otorgarle a la proposición lingüística “inocencia”?

Para responder a estas preguntas hay que hacer algunas precisiones previas. En el sistema judicial estadounidense, explica Laudan, los miembros ordinarios del jurado deben pronunciarse sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado a pesar de que la instrucción que reciben del juez es iniciar el juicio creyendo en la inocencia material de éste³⁹⁴. La contradicción es evidente. Si lo que el órgano jurisdiccional adjudicador tiene que resolver es una cuestión de carácter probatorio, es decir, determinar si los elementos probatorios que presentó la acusación son suficientes para superar el estándar de condena “*beyond a reasonable doubt*” y decidir acerca de la culpabilidad o no culpabilidad, no se explica entonces por qué el jurado debe partir desde una convicción subjetiva que los obliga a creer en la inocencia material del acusado. A mayor abundamiento, con un estándar de prueba objetivo, o en su defecto, una reinterpretación objetiva de la duda razonable, las referencias a la inocencia material serían marginales³⁹⁵. Laudan explica que el problema se reproduce también en aquellos casos en que un juez sugiere al jurado que lo que debe presumir es que el acusado no es culpable y luego son los tribunales superiores de justicia los que instan por revitalizar la materialidad de la inocencia, produciéndose una confusión a nivel teórico con repercusiones prácticas significativas³⁹⁶.

Esta contradicción se hace más palpable si revisamos que muchas de las decisiones que se toman respecto del imputado en el proceso (v. gr., un arresto en Estados Unidos, o en el sistema procesal chileno, una detención y su posterior control jurisdiccional, una querrela o la audiencia de formalización de la investigación, por nombrar algunos actos iniciales de la investigación que requieren una judicialización previa o posterior) nada tienen que ver con la inocencia material del imputado o acusado. El conjunto de reglas delineadas por un sistema de justicia criminal, incluso en los

³⁹⁴ “Considere, ahora, la presunción de inocencia. Los tribunales, especialmente en el mundo anglosajón, han tendido a suponer que la presunción de inocencia requiere que el juzgador de los hechos comience el juicio creyendo que el acusado no cometió el crimen, esto es, que es *materialmente* inocente”. LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 112.

³⁹⁵ *Ibíd.* p. 112.

³⁹⁶ “Así, lo que los miembros del jurado deben decidir (si el acusado es culpable o no-culpable) es algo totalmente diferente de lo que deben presumir [que el acusado es inocente (m)]. En resumen, el propio acusado ha declarado no ser culpable [es decir, su no-culpabilidad o bien, su inocencia (p)], y no que es inocente (m). Si el jurado lo absuelve, sus miembros estarían afirmando su inocencia (p), no su inocencia (m). Entonces, ¿por qué debería el jurado presumir su inocencia (m)?”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 151.

casos que no llegan a la etapa de juicio, tocan en algún momento la vertiente probatoria del problema³⁹⁷, lo que devela lo irrelevante que resulta para el proceso la inocencia material.

El profesor Jonatan Valenzuela apoya esta teoría señalando lo siguiente: “El punto central a considerar es que, a efectos del razonamiento probatorio, la noción de inocencia que debe manejarse se encuentra referida necesariamente a la proyección de la PI en PI-regla de prueba y PI-regla de juicio, con lo que es claro que trabajamos con una noción probatoria de inocencia”³⁹⁸.

¿Cuál es el problema de asignarle a la expresión inocencia un sentido material?

Si al inicio de la etapa de juicio oral el juzgador de los hechos (el jurado en el *common law* o en nuestro ordenamiento, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal) debe creer que el acusado no cometió el delito por el cual se le acusa³⁹⁹, significa entonces que el Estado tiene la carga de probar la culpabilidad probatoria del acusado, la que por definición tendría que aspirar a coincidir en algún momento con la culpabilidad material del acusado, si es que la decisión pretende ser consistente con las premisas sobre las cuales se afinca.

El mismo Laudan expone las enormes dificultades que genera proyectar a la inocencia de esta forma, dentro de las cuales solo sintetizaremos los puntos más importantes. Antes debemos hacer la prevención de que el autor estudia este fenómeno desde el sistema de jurados del *common law*, específicamente norteamericano (compuesto por un grupo de ciudadanos que carecen de formación jurídica, filosófica y científica⁴⁰⁰), en que si bien la adopción de las decisiones no requiere de motivación, no por ello deja de ser esencial la presunción de inocencia como piedra angular del sistema⁴⁰¹. Creemos que las conclusiones a las que llegamos no se distorsionan por el hecho de que nuestro sistema de justicia este estructurado organizacionalmente en base a una judicatura criminal

³⁹⁷ *Ibid.* p. 148. Quizás una denuncia, algunas decisiones en el marco del principio de oportunidad o la misma investigación desformalizada que lleva adelante el Ministerio Público, exceptuando aquellas diligencias que requieren autorización judicial, son de las pocas actividades que tocan la vertiente material de la inocencia. Del mismo modo, Laudan enumera casos en que se alega un falso arresto o una falsa acusación como casos excepcionales en que hay un poco de deferencia hacia la inocencia material.

³⁹⁸ VALENZUELA, J. 2013. *op. cit.* p. 22.

³⁹⁹ Un ejemplo de instrucción a nivel federal sobre la obligación de partir creyendo en la inocencia material, se expresa de la siguiente manera: “La ley presume que el acusado es inocente de cuanto el delito se le imputa. Por tanto, los instruyo a presumir que el acusado es inocente durante sus deliberaciones, hasta ese momento, si es que llega, en que estén satisfechos de que el gobierno ha probado la culpabilidad más allá de toda duda razonable”. VALENZUELA, J. 2013. *op. cit.* p. 153. En opinión de Damaska, citado por Daniela Accatino, el déficit de legitimidad de la decisión inmotivada por el jurado se compensa con las instrucciones formuladas al jurado. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales y su función como garantía. *En*: PAEZ, A. (coordinador). Hechos, evidencia y estándares de prueba: Ensayos sobre epistemología jurídica. p. 4.

⁴⁰⁰ TARUFFO, M. 2005. *op. cit.* p. 120.

⁴⁰¹ La Corte Suprema nortamericana ha resuelto: “‘The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law’. *Coffin v. U.S.*, 156 U.S. 432, 453-454 (1895)”. CASSEL, D. 2003. *op. cit.* p. 366.

compuesta por dos tipos de órganos jurisdiccionales expertos y profesionales -un Juez de Garantía y un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal- cuyo ejercicio de funciones jurisdiccionales se separan y son independientes entre sí según la etapa en la que se encuentre el procedimiento. Sobre este último caso, si bien es el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal el que discurre acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado y el Juzgado de Garantía interviene en las etapas preliminares como lo es, por ejemplo, resolver en gran parte (aunque no exclusivamente, según veremos en el capítulo II) la solicitud de concesión o denegación de la prisión preventiva, ambos se encuentran condicionados en su funcionamiento por el respeto a la presunción de inocencia. No aceptar esta conclusión significa rechazar la unidad conceptual sobre la que se asienta la noción de proceso y jurisdicción.

Aclarado lo anterior, las dificultades que presenta la inocencia material son las siguientes:

(i) “¿Cuán fuerte debe ser la confianza inicial de los miembros del jurado en la inocencia (m) del acusado a efecto de satisfacer las demandas de la PdI?”⁴⁰². Sin duda, asignar probabilidades específicas a las creencias sobre la inocencia o a la culpabilidad ocasiona situaciones arbitrarias. No podemos asignar una probabilidad muy alta a la inocencia material (v. gr. 1,0) porque entonces ni aun un conjunto de pruebas contundentes podrían derribar esta alta confianza subjetiva; ni tampoco podríamos estimar una alta probabilidad a la culpabilidad, puesto que el proceso se articularía desde la presunción contraria. Lo anterior se agrava aún más en la medida que se obliga a que los jueces internalicen la idea de que *efectivamente* son inocentes, no que los traten *como* si fueran inocentes⁴⁰³.

(ii) No es lógico que al jurado se le imponga mantener una convicción que no está fundamentada en nada más que su propio fuero interno. Tampoco parece ser serio obligar a establecer una creencia que no se encuentre justificada por ningún elemento de juicio.

Los defectos de anclar los datos probatorios con la convicción subjetiva que le producen los mismos al órgano jurisdiccional, queda de manifiesto en el siguiente párrafo: “La importancia del enredo derivado de creer en la inocencia (m) del acusado se muestra de forma más nítida si consideramos una situación, lo suficientemente frecuente, en la cual los miembros el jurado absuelven y, sin embargo, siguen creyendo que el acusado probablemente cometió el delito que se le imputa. Obviamente, la anterior es una postura perfectamente coherente. La acusación logró persuadir a los miembros del jurado de que el acusado cometió el delito en cuestión, pero lo que pasa es que las pruebas presentadas no lograron satisfacer el estándar BARD. ¿Puede esta situación ser compatible con

⁴⁰² LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 151.

⁴⁰³ Volveremos sobre el problema que resulta de aplicar inferencias probatorias subjetivistas de tipo *bayesiano* en el capítulo III.

la presunción de inocencia (m)”⁴⁰⁴. Esto muestra la confusión que se produce cuando se instruye al jurado en que suponga la inocencia material hasta que esté convencido, más allá de toda duda razonable, de su culpabilidad probatoria. Es decir, se impone transitar de una manera muy liviana, a nuestro juicio, desde un punto de vista material -la inocencia- a uno probatorio - la culpabilidad- sin que medie ninguna conexión lógica entre ambos que sea necesaria y suficiente⁴⁰⁵.

Una situación fáctica motivada por estos extraños saltos cualitativos no resiste ningún criterio de racionalidad.

(iii) Otro problema que esta posición genera es la ausencia de contenido que contiene la instrucción que ordena creer en la inocencia material. Esto es, a los miembros del jurado se les obliga desde el inicio a que estén convencidos de que el acusado no cometió realmente el delito, pero ignoran que es lo que efectivamente no deben creer. ¿Tienen que creer que el imputado no ejecutó la acción u omisión? ¿Qué su actuar no fue antijurídico? ¿Que no era imputable? ¿Qué no actuó con dolo directo?⁴⁰⁶

Que esta acepción careza de contenido podría llevarnos a conclusiones sumamente ilógicas e injustas. Imaginemos hipotéticamente que un Juez de Garantía se vea obligado a creer férreamente en la inocencia material del imputado al momento de tener que resolver sobre una determinada medida cautelar, sin tener una noción general acerca de qué debe entender específicamente por este tipo de inocencia. Probablemente nunca podría decretar alguna de estas formas de coerción procesal por mucho que existan antecedentes serios, verosímiles, robustos y debidamente fundamentados que las justifiquen. Un escenario procesal como el descrito, nos llevaría a pensar en la errónea conclusión de que la prisión preventiva, cuya finalidad es asegurar la realización de los fines del procedimiento, sea absolutamente incompatible con la presunción de inocencia.

Volveremos sobre este último punto en el capítulo II.

(iv) Por último, un obstáculo insalvable al cual Laudan no se refiere -al menos no explícitamente en este apartado de la discusión- pero que puede desprenderse de la lectura completa de su obra, es aquel que nos señala que decidirse por una inocencia de carácter material conlleva a introducirse en el terreno de las convicciones personales, los prejuicios, los sesgos y la moral. Cualquier tipo de valoración moral difícilmente puede lograr un consenso unánime entre los

⁴⁰⁴ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 153.

⁴⁰⁵ “Esta instrucción simplemente no es compatible con el hecho de que la ruta que va de creer en la inocencia (m) de Jones a creer que Jones es culpable (p) suele pasar por la etapa de creer que Jones es culpable (m) pero sin creer que es culpable (p)”.

Ibid. p. 154.

⁴⁰⁶ *Ibid.* p. 155.

operadores jurídicos acerca de lo que debemos creer o no, o lo que consideramos correcto o no, y más problemática es cuando se trata de compartir una intuición vaga e infundada de que un determinado sujeto no cometió un delito. Dejar la decisión sobre la inocencia y la culpabilidad de un individuo al mero arbitrio del subjetivismo es peligroso para la seguridad jurídica y la racionalidad de las decisiones⁴⁰⁷.

Esgrimidas las razones que rechazan atribuir a la inocencia un sentido material, corresponde ahora exponer las razones por las cuales es la *inocencia probatoria* [I] - [P] la que debe importar al proceso.

Una adecuada comprensión de la inocencia es aquella que le confiere un sentido probatorio, es decir, una presunción que obliga a creer a los jueces que la culpabilidad del acusado aún no ha probatoriamente concluido. Esto quiere decir que desde el inicio del procedimiento penal y sobre todo, al inicio del momento jurisdiccional en el que se va a establecer la culpabilidad o no culpabilidad del acusado, el jurado debe asumir que “no cuenta con prueba/s concluyentes de culpabilidad”⁴⁰⁸ o que derechamente, no cuenta con ningún tipo de prueba. Un presupuesto como el que se propone es tan fuerte que incluso el tribunal no puede contaminarse con el hecho de que el acusado haya llegado al juicio de imputación penal en prisión preventiva⁴⁰⁹.

Lo anterior significa que si el órgano que sustenta la acusación fracasa en superar el estándar de prueba de condena, los miembros del jurado finalizan el juicio en la misma parte donde asentamos el presupuesto inicial, es decir, con la convicción de que la culpabilidad del acusado no había sido probada. Esto reafirma la vigencia de que las normas jurídicas deben ser entendidas y aplicadas en el contexto de un procedimiento racional donde la inocencia material no puede tener cabida.

¿Qué es lo positivo de asumir este enfoque? Que la dictación de la sentencia absolutoria que declara la no culpabilidad -o más bien, reafirma la presunción de inocencia probatoria- es un correlato de que las pruebas disponibles no fueron adecuadas para traspasar el baremo de suficiencia probatoria que concluyera en la culpabilidad probatoria, modificando la creencia en la inocencia probatoria. En

⁴⁰⁷ El desarrollo de este argumento lo podemos ver en una columna de opinión del profesor Jonatan Valenzuela a propósito de un caso chileno. VALENZUELA, J. 2013. Juicio a la inocencia. [en línea]. El Mostrador. 04 de diciembre, 2013. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/12/04/juicio-a-la-inocencia-2/>> [consulta: 02 octubre 2017]. Cabe destacar que el bien jurídico “seguridad jurídica” siempre ha sido criticado por su vaguedad y tosca indeterminación. No obstante ello, adherimos a la concepción de Rodrigo Coloma que relaciona este interés jurídico con la noción de previsibilidad las decisiones judiciales que favorece a los sujetos la planificación del curso de sus acciones en el futuro. La arbitrariedad judicial se opondría a la seguridad jurídica. COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 6. En el mismo sentido: FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 99.

⁴⁰⁸ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 157.

⁴⁰⁹ “El miembro del jurado debe suponer que el hecho de que el acusado se encuentre encarcelado no suministra ninguna prueba pertinente acerca de su culpabilidad o inocencia”. *Ibid.* p. 157.

este sentido, “una presunción de inocencia (p) asume lo mismo sobre la inocencia del acusado al comenzar un juicio oral que lo que una absolución implica al término del mismo”⁴¹⁰.

Otra razón que justifica abogar por la inocencia probatoria es que con esta concepción no se produce el problema señalado más arriba sobre la injusticia en la que se incurre al asignar arbitrariamente probabilidades a una confianza subjetiva. En efecto, una noción probatoria descarta cualquier atisbo de subjetividad y prejuicios que reste imparcialidad, objetividad y racionalidad en el tribunal a la hora de tomar una decisión judicial que nos aproxime a la averiguación de los hechos.

Ahora bien, tomar partido por una concepción probatoria de la inocencia no significa desatender absolutamente las consideraciones materiales de la misma. En algún modo la intención de averiguar cómo es que acontecieron realmente los hechos sobre los que hay que tomar una decisión merece atención. Sin embargo, el diseño de las reglas procesales lo torna irrelevante para la consecución de los fines procesales⁴¹¹. Es cierto que los jueces pueden legítimamente contar con algunas *corazonadas subjetivas iniciales*⁴¹² de inocencia material o culpabilidad material al enfrentarse por primera vez a un acusado (piénsese en el acusado que llega a juicio en prisión preventiva), pero esta mera intuición está lejos de entregar información completa, de calidad y fiable para resolver el caso concreto. Si las pruebas disponibles con las que cuenta el tribunal coinciden hacia el término del proceso con esa corazonada inicial, mucho mejor. Si no coinciden, los jueces deberán aprender a desprenderse de ellas en aras de una decisión que sea conforme a las pruebas, y con ello, conforme a derecho. Volveremos sobre este asunto en el capítulo II y III.

A modo de conclusión preliminar, podemos sostener lo siguiente:

(i) Hay que desechar todo tipo de noción que apunte a una presunción de inocencia material a lo largo de cada una de las fases del procedimiento penal. Al contrario, lo que debemos promover es la idea de que la culpabilidad del acusado no ha sido aún probada y que solo podrá serlo, cuando se presenten pruebas contundentes cuyo grado de corroboración lógica de la hipótesis a probar esté suficientemente justificada para alcanzar el estándar de prueba que autorice a destruir la inocencia probatoria.

En este sentido, la presunción de inocencia probatoria juega en beneficio del imputado y no es una dádiva en favor del tribunal, el que deberá motivar siempre sus resoluciones judiciales sean de culpabilidad o no culpabilidad.

⁴¹⁰ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 157.

⁴¹¹ VALENZUELA, J. 2013. *op. cit.* p. 22.

⁴¹² Término acuñado por Laudan. LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 100.

(ii) Solo la construcción de un estándar de prueba objetivo, claro y racional que sea implementado no solo en el juicio oral si no también en la discusión de una medida cautelar personal como la prisión preventiva, es capaz de desterrar cualquier tipo de convicción interna expresada en meras estimaciones de probabilidad subjetiva sobre la inocencia o la culpabilidad.

Como trataremos de demostrar en el capítulo III, la formulación de una regla de estándar de prueba objetivo, racional y específico permite indicar cuando se está autorizado a considerar algo como probado y por tanto, cuándo dicha confianza subjetiva estaría debidamente justificada. Esto no puede lograrse sino a través de las pruebas disponibles y las relaciones de corroboración inductiva que podamos hacer de ellas con la hipótesis que queremos probar. En esta memoria queremos aproximarnos a la discusión sobre la necesidad de construir un baremo cautelar que pueda funcionar como guía de valoración racional⁴¹³, de modo tal que nos indique cuándo estamos en condiciones de decretar o rechazar justificadamente la imposición de una prisión preventiva dentro de un contexto probatorio racional.

(iii) Una consideración de inocencia probatoria y culpabilidad probatoria es coherente con la búsqueda de una verdad relativa y contextual. En efecto, el contexto en el cual se desarrolla el razonamiento probatorio judicial hace imposible la consecución de verdades absolutas. Esto también será visto con el rigor analítico que merece en el capítulo III.

⁴¹³ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 137.

CAPÍTULO II: ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES. EN PARTICULAR, LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.1. Sobre la motivación de la sentencia y de las resoluciones judiciales en general

2.1.1. Un caso introductorio

En el presente capítulo nos referiremos a la medida cautelar de prisión preventiva en el sistema procesal penal chileno, su relación con la presunción de inocencia, los defectos en la motivación de su decisión y la evidencia empírica en torno a la importancia cuantitativa de su aplicación en la práctica judicial, todos aspectos que contribuirán a delinear algunos de los elementos a tener en cuenta en el debate sobre la posibilidad de formular un estándar de prueba objetivo que pueda ser utilizado en la discusión práctica de este mecanismo de coerción procesal.

A modo introductorio, analizaremos cuidadosamente una resolución dictada por un Juzgado de Garantía en el marco de una audiencia de formalización de la investigación y discusión de medidas cautelares personales, la que nos permitirá constatar algunos de los defectos de nuestra praxis judicial en torno a esta materia. Desde ya advertimos que la afirmación sobre los problemas de fundamentación judicial en materia de medidas cautelares personales como una práctica generalizada de nuestro sistema, debe ser matizada y atenuada por aquellas resoluciones que sí cumplen las exigencias de una adecuada motivación. Solo tomamos a modo de ejemplo este caso real para poder dilucidar de mejor manera el punto que queremos cuestionar. Sería fáctica y materialmente imposible abarcar en este momento un análisis jurisprudencial exhaustivo de cada una de las fundamentaciones presentes en la concesión o denegación de la prisión preventiva, dado la gran cantidad de casos que ingresan diariamente al sistema procesal penal.

El caso que pretendemos abordar es el siguiente:

El 24 de mayo de 2016 el Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT 5.800-2016, dictó la medida cautelar personal de prisión preventiva en contra de siete imputados por el presunto delito de robo con intimidación, secuestro y tenencia ilegal de municiones. Los antecedentes de hecho son los que se exponen a continuación.

El día 24 de mayo de 2016 alrededor de las 00:50 horas aproximadamente, en la intersección de calle Cañaveral con Caletera Ruta 5, comuna de Quilicura, los imputados S.R.M., A.P.S., C.B.M., V.P.O., O.R.A., M. J. P. y R. T. R, previamente concertados y desplazándose a bordo de un vehículo

color blanco marca Byd, placa patente unica XXXX-XX y una camioneta marca Fiorino (que a la fecha de la audiencia no había sido posible de identificar), cruzaron el primero de los móviles por delante del camión marca Hyundai, placa patente única YYYY-YY modelo HD78 conducido por la víctima R.P.G., descendiendo tres de los imputados y quedando un cuarto al volante del vehículo blanco. Dos de los tres imputados llevaban consigo armas de fuego ubicándose uno por la ventana del conductor y víctima, que corresponde al imputado R.A.M., en tanto un segundo imputado M.J.P. por el lado del peoneta y víctima M.V.P., a quienes intimidaron con armas de fuego. En este acto, por medio de insultos y amenazas, obligaron a las víctimas a descender del camión (el cual acarreaba mercadería) para luego subir a una camioneta Fiat Fiorino conducida por el imputado C.N.M., tendiéndolos en ese instante boca abajo. En ese momento subieron otros dos imputados con las víctimas para mantenerlos reducidos, momento en el cual al peoneta M.V.P. le sustrajeron el teléfono celular marca Samsung modelo “galaxy prime”, color gris y \$10.000 en efectivo que éste portaba consigo, amenazándolos reiteradamente con las armas diciendoles que *“si no se quedaban callados los matarían”*. Las víctimas fueron liberadas después de una hora aproximadamente en la comuna de La Granja, momento en el cual dieron aviso a carabineros.

En el momento que los trasladaban hasta la unidad policial, la policía fue alertada vía radial en orden a que alrededor de las 02:00 horas, una patrulla distinta de carabineros -sobre la base de las características entregadas por las víctimas-, había encontrado el camión junto a la mercadería en el inmueble de calle ZZZ, comuna de La Granja. Al revisar el camión, en la cabina fueron hallados dos inhibidores de señal y al registrar el inmueble se encontraron escondidos en sus dependencias a los imputados A.P.S. y O.R.A., quien portaba además una mochila que mantenía en su interior una caja con 36 municiones 9 milímetros sin percutar, la suma de \$150.000 en efectivo y un equipo iPad, el cual almacenaba distintas rutas seguidas por camiones de distribución de mercadería, con el detalle exacto de la salida y llegada a los puntos de distribución.

En el entretecho del inmueble se detienen también a los imputados C.B.M y S.R.M, y a las afueras del inmueble se logra aprehender a los imputados M.J.P y R.T.R., el último, propietario-encargado del domicilio en donde fueron encontrados el camión, la mercadería y los demás imputados.

El Ministerio Público solicitó la prisión preventiva de todos los imputados en base a los siguientes argumentos⁴¹⁴:

A. Sobre el presupuesto material de la letra a) del artículo 140 CPP

⁴¹⁴ Las integras alegaciones de los interviniente están en el registro de audio de la causa a la cual pude tener acceso mientras desempeñé mi práctica profesional en la Defensoría Penal Pública entre enero y julio de 2016.

(i) En primer lugar, el presupuesto material viene dado por los antecedentes consignados en el parte detenido N° 72 de la 13° comisaría de La Granja, que da cuenta que entre el momento del hecho y el posterior hallazgo de los vehículos y especies al interior del domicilio, transcurrió una hora y diez minutos aproximadamente, de conformidad a lo que declaran las víctimas, lo que explica la dinámica en que suceden los hechos y el modus operandi. Agrega que entre treinta y cuarenta minutos aproximadamente, pudieron disponer de las especies.

(ii) En segundo lugar, las víctimas declaran que son siete imputados, los que coinciden con las siete personas encontradas al interior del inmueble con el camión descargando la mercadería. Al momento de ingresar al domicilio, algunos de los imputados intentan darse a la fuga pero fueron aprehendidos.

(iii) En tercer lugar, el ente persecutor admite que el procedimiento de reconocimiento que se efectuaron de los imputados por parte de las víctimas se apartaron de los Protocolos Institucionales elaborados en conjunto por el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el Poder Judicial. No obstante ello, no existe un vicio de legalidad en el acto, cuestión que será finalmente valorada por los jueces del fondo. En efecto, la víctima R.P.G. declara que funcionarios policiales les mostraron a los detenidos mediante las cámaras de seguridad hacia los calabozos, mostrándolos uno por uno. En su exposición solo aporta características superficiales de dos personas: (1) el sujeto que conducía el vehículo blanco Byd era “joven de pelo corto”; (2) el sujeto que se le acercó a su ventana, lo apunto y lo bajo del camión, tenía “pelo rapado en los lados y más largo de arriba”. Agrega a lo anterior, que según las circunstancias de hecho en que se dio el robo, estando las víctimas reducidas y tendidas boca abajo, era poco probable ver a las personas.

En el mismo sentido se presenta la declaración del peoneta, quien señala que todos los sujetos iban con rostro cubierto y que eran de tez trigueña. Agrega que una vez que los imputados lo suben al segundo vehículo Fiat Fiorino, le amarraron las manos y que en aquel vehículo habían dos personas distintas de las que los bajaron del camión. Según la alegación del fiscal, la víctima entrega también la marca del vehículo blanco en el que se desplazaban los individuos -sin individualizar placa patente única- expresando que “tiene una abolladura en el capó bastante notoria”.

(iv) En cuarto lugar, el fiscal expone los antecedentes con los que cuenta en la carpeta investigativa en relación a las declaraciones de los funcionarios policiales que adoptan el procedimiento. El funcionario G.G.R. declara que a las 02:00 horas de la madrugada estaba realizando un patrullaje y recibe un llamado radial para que se trasladara a calle ZZZ por un supuesto robo con intimidación, indicándole que los imputados se trasladaban en un vehículo color blanco, sin entregar

características específicas de éste. Al llegar al domicilio respectivo, encontró en su exterior a uno de los imputados M.J.P. apoyado sobre el vehículo, quien dijo que el vehículo era de propiedad de su tía, momento en el cual se procedió a su fiscalización.

En ese momento -continúa la declaración del policía-, desde el interior del inmueble se asoma por la puerta otro de los imputados quien dice ser el encargado del domicilio y luego la cierra, momento en el cual se percata que en el interior del lugar mantenían un camión marca Hyundai con encargo vigente, por lo que se procede a la entrada y registro del inmueble. Una vez adentro, se encuentra la mercadería que estaba siendo descargada y a los demás imputados (algunos escondidos y otros en el entretecho).

Agrega que al detener al imputado O.R.A., este tenía una mochila en la cual portaba en su interior una caja de municiones de 36 cartuchos de 9 milímetros, además de mantener un iPad color gris y \$150.000 en efectivo.

(v) Por último, el fiscal describe una serie de documentos de actas de incautación, detalles de la carga, avalúo de especies y encargo del vehículo. Además expone los antecedentes que conforman el set fotográfico que fija el vehículo color blanco marca Byd y su mercadería.

B. Acerca del presupuesto material de la letra b) del artículo 140 CPP

El Ministerio Público expone principalmente que son siete individuos encontrados al interior del inmueble, mismo número al que aluden las víctimas.

C. Acerca de la necesidad de cautela de la letra c) del artículo 140 CPP

El fiscal argumenta que la libertad de los imputados constituye un peligro para la seguridad de la sociedad. Lo anterior, toda vez que han sido formalizados por el delito de robo con intimidación el que atendida su naturaleza tiene asignada la pena de crimen, misma situación que se da respecto del delito de tenencia ilegal de munición. La extensión del tipo penal viene dado por las declaraciones de las víctimas.

Sobre el delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal, arguye que es un ilícito penal grave que atenta contra la libertad ambulatoria de dos personas quienes son retenidas mediante amenazas por un espacio de tiempo relevante.

Agrega que los hechos ocurrieron en la noche y en grupo o pandilla, todos elementos que deben tomarse especialmente en consideración, según lo establece el Código Procesal Penal.

El señor Juez de Garantía tuvo por establecidos todos los requisitos copulativos del artículo 140 del Código del ramo. En lo que sigue se transcribirá textualmente lo expresado por tribunal el día de la audiencia para fundar su resolución:

(00:08) “(...) *han sido formalizados en la audiencia de hoy por tres delitos cada uno de ellos. Esto es un robo con intimidación en perjuicio de la víctima ya señalada por el fiscal, además por el delito de secuestro porque dos de ellos habrían sido privados de libertad lo cual no necesariamente tiene que tener un lapso muy extensivo de tiempo, basta un segundo para que una persona este privada de libertad para cometer un delito de secuestro, **creo yo**. Y además un tercer delito, tenencia ilegal de municiones. Los delitos de robo con intimidación, secuestro y tenencia ilegal de municiones, todos tienen señalados pena de crimen.*

*“En este caso el señor fiscal ha señalado los presupuestos materiales del artículo 140, letras a) y b) del Código Procesal Penal, es decir, la existencia de tres hechos punibles y la participación fundada de todos ellos, **en mérito de los antecedentes señalados tanto por el parte detenido, por las declaraciones de la víctima y los funcionarios policiales que han intervenido en este procedimiento, y además se cuenta con un set fotográfico del vehículo en el cual habrían sido sustraída las especies.***

*Y además, respecto al reconocimiento de imputado⁴¹⁵ no hay ninguna una regla precisa al respecto, lamentablemente en el Código Procesal Penal no existe una norma tan clara como existía en el Código de Procedimiento Penal antiguamente. El procedimiento, bueno, puede hacerse fotográficamente, a través de una cámara, por retrato hablado, por fotografía. Desde este punto de vista desconozco yo, los carabineros no están muy bien instruidos por la Fiscalía para realizar ese tipo de reconocimiento pero existen por lo menos presunciones fundadas de que los siete curiosamente que habrían interceptado el camión lo habrían asaltado, son los mismos siete personas que fueron encontradas en la casa; y lo más **curioso** de esto es que uno de ellos intenta cerrar la casa, el otro está afuera y los demás están en el interior ocultos, encuentran además municiones”.*

*Y desde este punto de vista, podría naturalmente como **necesidad de cautela**, todos ellos constituyen un peligro para la seguridad de la sociedad considerando **la naturaleza, circunstancias, número de delitos por el cual han sido formalizados y el hecho que han intervenido en grupo o***

⁴¹⁵ El juez se refiere a este punto dado que una de las alegaciones de la defensa para cuestionar el presupuesto material de las presunciones fundadas de participación de los imputados, estaba relacionada con el hecho de que el procedimiento de reconocimiento llevado a cabo por la policía habría sido irregular, toda vez que no se observaron los requisitos del Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados. El argumento expresado por la defensa fue que a las víctimas ya se les había indicado, previamente, que las personas que habían cometido el delito estaban detenidas y tan sólo un momento después de haber recibido esa información, se procede a exhibirles a las personas imputadas a través de las cámaras de seguridad. Además, las características físicas de los imputados que estaban presentes en la audiencia no coinciden con las características descritas por el fiscal a través del relato de las víctimas.

pandilla para cometerlo. Y además por el tipo de delito que han sido formalizados y por las especies que fueron encontradas, como fue en este caso celulares en el cual se encontraron al parecer las rutas habrían intervenido en estos hechos, en ese caso la necesidad de cautela es necesaria considerando las penas que van a tener cada uno de ellos.

*Y el hecho que alguno de ellos tenga irreprochable conducta anterior no es obstáculo porque en este caso todas las penas son efectivas y son superiores en este caso a más de cinco años y un día. Y desde ese punto de vista pasan a juicio oral y **constituyen un peligro para la seguridad de la sociedad**, toda vez que en la noche una persona que iba conduciendo un camión en compañía de un peoneta y otros individuos con mercadería son interceptados y se les obstruye el paso, ¿para qué? Para robarle con intimidación, es raro. Y luego curiosamente las mismas siete personas que intervienen son encontrados en la casa, extraño. Y desde ese punto de vista entonces existen más que presunciones fundadas, como dije anteriormente, por lo tanto se va a decretar la prisión preventiva de todos ellos”. (03:23)^{416 417}*

2.1.1.1. Algunos problemas en la resolución del caso

El principal problema que podemos identificar en la resolución judicial estriba en su motivación. En primer lugar, el juez se limita a mencionar los antecedentes que configuran los presupuestos materiales de la prisión preventiva al tenor de una mera repetición de lo que fue alegado por el fiscal de la causa, enumerando y afirmando genéricamente los mismos antecedentes de la carpeta investigativa que éste expuso. La Corte Suprema ha puesto especial interés en este punto cuando se ha sometido a su conocimiento acciones de amparo constitucional en casos de prisión preventiva, rechazando en forma categórica que la exigencia de fundamentación de las sentencias, en general, y de las resoluciones que se pronuncian sobre esta medida cautelar, en particular, se satisfaga con simples referencias formales a los requisitos legales que impone el artículo 140 del Código Procesal Penal, con

⁴¹⁶ SEGUNDO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. 2016. Audio de audiencia RIT 5.800-2016. [24 de mayo de 2016] [grabación de audio]. Pista 1600495536-K-1221 - 160524-00 - 13. (00:08 - 03:23) Las negritas son nuestras.

⁴¹⁷ No es parte del tema que abordamos en la presente memoria, pero no podemos pasar por alto algunas de las cuestiones controvertidas de este caso que fueron sometidas al conocimiento del tribunal y respecto de las cuales el órgano jurisdiccional las tuvo por ciertas, como si algunos elementos del juicio de hecho se explicarían por sí mismas (casi como algo natural y evidente) y no necesitaran de mayor justificación. Por ejemplo, en el caso objeto de estudio, la defensa promovió latamente un incidente para cuestionar la legalidad de la detención (a la cual se le dio también la palabra al ente acusador de rebatir lo argumentado por la defensa) y el tribunal al emitir su decisión sobre una de las aristas del asunto (relativas específicamente con un debate en torno a la aplicación del artículo 206 Código Procesal Penal), señaló: “*así que voy a declarar legal la detención, para que me voy a extender más*”. SEGUNDO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. 2016. Audio de audiencia RIT 5.800-2016. [24 de mayo de 2016]. [grabación de audio]. 1600495536-K-1221 - 160524-00 - 11. (25:57 - 26:00).

una mera enumeración de antecedentes investigativos o con el solo hecho de adherir a la tesis de alguno de los intervinientes.

Al respecto, la sentencia Rol N° 23.772-2014 de la Corte Suprema establece lo siguiente:

“1.- Que de conformidad con lo que disponen los artículos 36 y 143 del Código Procesal Penal, la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales, en particular aquella que ordena la prisión preventiva, constituye una garantía consagrada a favor del imputado para conocer a cabalidad los motivos de la decisión que lo priva de libertad y que encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República.

2.- *Que dicha fundamentación no se satisface con referencias formales de compartir o adherir a la tesis de alguno de los intervinientes ni con la mera enunciación de citas legales si no se dota de contenido a la decisión en términos de indicar, en cada caso y con precisión, cuáles son los fundamentos de hecho y de derecho que fundan las resoluciones adoptadas, es decir, en el caso que se revisa, ésta debe comprender todos los extremos de peligro que exige el artículo 140 del Código Procesal Penal.*

3.- *Que, en la especie, la juez recurrida se limita a hacer suyos los antecedentes proporcionados por la fiscalía, sin explicitar en su resolución las consideraciones en virtud de las cuales la medida cautelar impugnada resultaba procedente, por lo que se aparta del mandato legal y constitucional, lo que acarrea la arbitrariedad de la decisión y es suficiente para acoger la acción intentada (...)*”

“Se previene que el Ministro señor Brito tuvo también en consideración que la referida falta de fundamentación produce nulidad, pues dicha inobservancia formal ha impedido la posibilidad de impugnar mediante el recurso de apelación, conclusión que deriva de los artículos 36, 159 y 160 del Código Procesal Penal”⁴¹⁸.

Del mismo modo, sobre la forma de dar por establecido el requisito de la necesidad de cautela, no parecen esgrimirse argumentos suficientes que permitan justificar dicha causal, limitándose solamente a nombrar los elementos del inciso cuarto del artículo 140 del texto normativo, en el cual el legislador procede a orientar al juez enunciando algunas circunstancias que debe tener especial consideración para concluir que los imputados constituyen un peligro para la seguridad de la sociedad.

⁴¹⁸ SCS: Rol N° 23.772-2014. [10 de septiembre de 2014]. En el mismo sentido, SCS: Rol N° 4.688-2011. [31 de mayo de 2011]; SCS: Rol N° 4.800-2013. [25 de julio de 2013]. Las cursivas son nuestras.

Una particular importancia le ha asignado a este elemento la Corte Suprema en el fallo Rol N° 5.858-2012:

“5.- Que así las cosas y dada la dinámica de la audiencia, la magistrado sólo llegó a establecer la existencia de los presupuesto materiales del hecho imputado, consignados en la letra a) del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal, omitiendo toda referencia a los literales c) y d) de la misma disposición⁴¹⁹, y consiguientemente incurriendo en falta de pronunciamiento sobre las presunciones fundadas de participación de los encausados y la necesidad de cautela que el caso requería, imponiendo consecuentemente la medida cautelar de prisión preventiva a ambos acusados, sin dar los motivos que la justifiquen, en los términos que exige el artículo 143 del Código de Procedimiento Penal, *limitándose a señalar que ella constituye un peligro para la seguridad de la sociedad y de la ofendida, criterios que no satisfacen los requerimientos mínimos que en este aspecto exige la legislación*”⁴²⁰.

El debate sobre las medidas cautelares se da en una audiencia oral y pública donde prima el principio de la contradicción que informa todo el proceso penal y no solo la etapa de juicio oral. Es la contradicción la que posibilita que el juez pueda y deba fundar su resolución, tal como lo disponen los artículos 36 y 143 del Código Procesal Penal. Existiendo alegaciones de ambos intervinientes, el principio de contradicción entra en juego,⁴²¹ razón suficiente para que el tribunal de cumplimiento al mandato incondicionado que el constituyente y el legislador le ha ordenado, máxime si se trata de la medida de coerción procesal más gravosa del sistema. Así lo ha dispuesto la más alta magistratura de nuestra judicatura:

“Que aparece de manifiesto que la resolución impugnada por el presente recurso de amparo, revocatoria de la que denegó la prisión preventiva de los amparados disponiendo, de contrario, dicha medida cautelar, *carece en absoluto de fundamentos*, incurriendo en una contravención de lo dispuesto en el artículo 36 del Código Procesal Penal (...)”

⁴¹⁹ La sentencia incurre en un error formal de referencia. En vez de decir, “literales c) y d)”, debería decir, “literales b) y c)”.

⁴²⁰ SCS: Rol N° 5.858-2010. [06 de agosto de 2012]. Las cursivas son nuestras.

⁴²¹ Existen casos en que no se da la posibilidad a los intervinientes para que formulen los planteamientos y alegaciones que estimen oportunos, puesto que los juzgados de garantía estiman que los argumentos sobre cuestiones de fondo deben ser ventilados en la etapa procesal correspondiente: “3.- Que del examen de los antecedentes de autos aparece que con ocasión de la realización de la audiencia de control de detención y de formalización de los imputados (...) se advierte que la defensa de ambos acusados no estuvo en situación de exponer su teoría del caso, limitándose a esbozarla sólo en sus principales aspectos, ello al no haberle sido permitido por el tribunal profundizar en los tópicos que a su entender eran relevantes a efectos de resolver la medida cautelar de prisión preventiva que solicitaba la Fiscalía, por considerar los magistrados que tales argumentos no eran atingentes ni pertinentes en esa etapa procesal, coartando el derecho de los encausados a una debida defensa letrada, pronunciando sin más una resolución que a lo menos puede calificarse de precipitada y consiguientemente carente de los basamentos mínimos que requería en términos de explicar las razones de la referida determinación”. SCS: Rol N° 5.858-2010. [06 de agosto de 2012].

“Que además, tratándose de la medida cautelar, como la decretada el ordenamiento jurídico *es aún más evidente en la exigencia de fundamentación de la resolución en cuanto ésta debe expresar las razones que deban convencer a los justiciables sobre los requisitos para su procedencia*, como se lee de las disposiciones contenidas en los artículos 140 y 143 del Código Procesal Penal”⁴²².

Esta crítica está lejos de ser un hallazgo reciente. Antes bien, el problema de fundamentación de los tribunales chilenos se arrastra desde hace varios años, y tuvo su máxima expresión precisamente en la época en que se instauró en la discusión jurídico-pública la idea de reformar el sistema procesal penal que se mantuvo vigente hasta el año 2000⁴²³. En efecto, no obstante existir en el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906 -el que aún se mantiene vigente respecto de hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal- el deber de los jueces de motivar las decisiones tomadas en la sentencia definitiva, este deber era tan solo aparente, toda vez que la regla del artículo 500 n° 4 estructura un modelo legal de fundamentación en el que decididamente no se explicitaban las “razones justificativas del valor atribuido a cada medio de prueba así como de su suficiencia (o insuficiencia) para dar (o no dar) por acreditado los hechos constitutivos del caso y que omite, por regla general, cualquier referencia a la prueba desestimada”⁴²⁴.

El segundo problema que podemos identificar en la resolución plasmada, atingente también al elemento de la motivación, puede colegirse de algunas expresiones vertidas por el juez de la causa que constan en el registro de audio y que no pueden pasar desapercibidas si lo que pretendemos es analizar las verdaderas razones que subyacen a una determinada decisión judicial. Expresiones del tipo “*es raro*”, “*extraño*”, “*curioso*”, dan cuenta de algunos elementos psicológicos o subjetivos que están presentes en el estado mental del juez y que son trasladadas involuntariamente al momento procesal de la motivación. Una serie de estos enunciados lingüísticos podría llevar a preguntarnos si acaso la simple sospecha, el prejuicio o la intuición de que una determinada persona ha intervenido en un hecho que reviste los caracteres de delito, constituye *per se*, una razón de peso suficiente para dictar en su contra medidas de coerción procesal o más bien, se espera que una *concepción racional* de la motivación y un estándar de suficiencia objetivo y más exigente permita fundar racionalmente un tipo de encarcelamiento preventivo.

⁴²² SCS: Rol N° 5.437-2012. [19 de julio de 2012].

⁴²³ Andrés Baytelman desliza esta crítica al referirse a la incorporación de un nuevo sistema probatorio y de fundamentación de la sentencia penal, el que se construyó, según dice, “sobre la base de una cierta percepción de que en la actualidad la fundamentación de las resoluciones judiciales es defectuosa”. BAYTELMAN A., A. 2000. La fundamentación de la sentencia penal en el juicio oral. *En*: CAROCCA, P., DUCE, M., RIEGO, C., BAYTELMAN, A., y VARGAS, J. E. Nuevo proceso penal. Incluye texto completo del Nuevo Código Procesal Penal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. p. 284.

⁴²⁴ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XIX (N° 2): p. 11.

Para proceder al análisis riguroso de esta segunda dificultad teórica y práctica, es que debemos detenernos en las concepciones sobre la motivación y las distintas variables que la dogmática procesal ha tenido en cuenta sobre el tema objeto de estudio.

2.1.2. ¿Qué significa motivar?

Esta pregunta es una de las tres interrogantes que Jordi Ferrer formula en un trabajo acerca de la motivación de las decisiones judiciales⁴²⁵. Luego de concluir que lo que se motiva son las sentencias judiciales, deja relegada la discusión sobre si la motivación debe acotarse a la sentencia definitiva en tanto acto culmine del proceso o debe ampliarse también la noción al punto en que se motiven todas las resoluciones judiciales⁴²⁶, incluidas aquellas que preparan el terreno hacia la emisión de la sentencia definitiva. Lo que termina por afirmar el autor es que esta cuestión teórica se resuelve finalmente con la opción política que cada ordenamiento jurídico adopte. Siguiendo esta tesis, nuestra legislación procesal penal determinó y acogió por primera vez el siguiente principio general:

“Artículo 36.- Fundamentación. *Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas.*

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación”⁴²⁷.

El contenido de este principio se extendió a las medidas cautelares, concretizándose normativamente en las siguientes disposiciones legales:

“Artículo 122.- Finalidad y alcance. Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo duraran mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

*Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”*⁴²⁸.

⁴²⁵ FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 89.

⁴²⁶ Sobre esto el autor solo se refiere en una breve nota a pie de página. *Ibid.* p. 88. Esta polémica está lejos de ser reciente. Según explica Accatino, en los primeros Estados en que paulatinamente se empezó a consagrar la exigencia de motivación durante el siglo XVI y XVIII, no todas las resoluciones judiciales estaban sujetas a la obligación de fundamentación, sino solo algunas según el tipo de proceso en que se pronunciaran o el tipo de órgano jurisdiccional que las dictaba. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2003. La fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna? *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XV: p. 21.

⁴²⁷ CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000. Las cursivas son nuestras.

“Artículo 143.- Resolución sobre la prisión preventiva. Al concluir la audiencia el tribunal se pronunciará sobre la prisión preventiva por medio de una *resolución fundada*, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justificaren la decisión”⁴²⁹.

A la misma conclusión llegó la doctrina constitucional chilena⁴³⁰ y la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema:

“Que aparece de manifiesto que la resolución impugnada por el presente recurso de amparo (...) disponiendo en su reemplazo la internación judicial no voluntaria de la imputada I. C. C., carece en absoluto de fundamentos que la avalen, pues sólo se han hecho consistir en la necesidad de proporcionar a la amparada cuidados médicos especiales que su entorno familiar no ha podido asumir y, de paso, asegurar su comparecencia a los actos del procedimiento, incurriendo así el tribunal en una contravención a lo dispuesto en el *artículo 36 del Código Procesal Penal, que exige la fundamentación de las resoluciones que dictare, con la sola excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite, cuyo no es el caso*, y lo dispuesto en el artículo 464 del aludido texto legal (...)”⁴³¹.

Para que la aplicación de una medida cautelar personal de la entidad de la prisión preventiva resulte justificada se precisa que los jueces demuestren que han aplicado racionalmente y correctamente el derecho. La aplicación judicial del derecho resulta vacía de contenido si a los justiciables no se le dan las razones para que entiendan el *cómo* es que se ha aplicado el derecho y el *porqué* es razonable que se haya aplicado de esa manera. Es en este marco teórico del *cómo* y del *porqué* del cual se derivan una serie de exigencias y condiciones que aseguran a los justiciables la legitimidad y aceptabilidad del ejercicio de la función jurisdiccional. Una de estas exigencias ineludibles es la fundamentación de las sentencias y en general, de todas las resoluciones judiciales⁴³².

⁴²⁸ CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000. Las cursivas son nuestras.

⁴²⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000. Las cursivas son nuestras.

⁴³⁰ El tratadista Silva Bascuñán explica que la voz “toda sentencia” del inciso 6° del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, debe ser entendido en sentido amplio. SILVA BASCUÑÁN, A. 2002. *op. cit.* p. 79.

⁴³¹ SCS: Rol N° 17.087-2016. [15 de marzo de 2016]. Las cursivas son nuestras.

⁴³² En el marco de la evaluación de los discursos argumentativos sobre la base de un modelo de discusión crítica, la sentencia se presenta como una acción argumental fuertemente institucionalizada por el contexto procesal en la que se desenvuelve. En el proceso penal, todos los operadores jurídicos hacen uso de maniobras estratégicas para satisfacer sus pretensiones individuales y las del proceso en su conjunto. En esto, el juez debe echar mano a la maniobra estratégica que resulte acorde a la obligación constitucional y legal a la que está sujeto, cual es la justificación racional de sus decisiones judiciales. VANN EEMEREN, F. H. 2007. *op. cit.* p. 73.

Siguiendo la pregunta del subtítulo, motivar significa exponer un “razonamiento justificativo mediante el cual el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable”⁴³³. En este sentido, la motivación debe indicarnos que la decisión no sólo está legalmente adoptada (puesto que cumple con los requisitos que exige la ley para su dictación) sino que también está justificada racionalmente sobre la base de los elementos disponibles que la fundan. Desde un punto de vista discursivo, la motivación es un conjunto de proposiciones, aserciones, signos o enunciados lingüísticos normativos y complejos que fundados racionalmente, permiten justificar la elección de una determinada decisión inserta en el contexto procesal de una sentencia⁴³⁴. En los términos de Taruffo, una decisión es la “declaración del efecto jurídico”⁴³⁵ que comprende la determinación relativa a la *quaestio facti* y la significación de la norma aplicable sobre esta. Eso es lo que debe contener, en términos generales, la estructura interna de una sentencia y de la prisión preventiva en la regulación legal chilena.

Como podemos apreciar, la posición que se aboga en este trabajo es una que está inspirada en asumir un compromiso decidido por una *concepción racionalista* de la motivación, en oposición a una *concepción psicologista*⁴³⁶ de la misma. Desde la primera visión, la motivación consiste en justificar, es decir, esgrimir las razones que justifican debidamente una decisión. Expresarlas es fundamental, toda vez que una decisión no puede considerarse justificada si las razones que la motivan no son formuladas lingüísticamente. Es por ello que algunos autores sostienen que la noción de justificación es *relacional*⁴³⁷, puesto que la decisión -en tanto norma individual o acto- estará debidamente justificada en relación al conjunto de razones o elementos de juicio que se empleen. En efecto, si la decisión está referida a la declaración de hechos probados estará justificada en relación a los elementos de prueba que se hayan aportado al proceso⁴³⁸. Si la decisión, en cambio, está referida a la premisa normativa, se entenderá justificada en relación a la correcta selección, aplicación e interpretación de normas jurídicas aplicables. Por esta razón, la justificación es -por definición- *contextual*, puesto que

⁴³³ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 435.

⁴³⁴ TARUFFO, M. 2006. La motivación de la sentencia civil. D.F., México. Coordinación de Documentación y Apoyo Técnico del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación., pp. 238-240.

⁴³⁵ *Ibid.* p. 241.

⁴³⁶ Sobre este tema hablaremos en el punto 2.1.2.4. Para adelantar la discusión, resumiremos la diferencia entre explicar los motivos de una decisión y esgrimir las razones para justificar una decisión a través de un breve párrafo del ya aludido comentario crítico de Manuel Atienza al trabajo de Perfecto Andrés Ibáñez: “Parece obvio que ‘motivar’ es una palabra ambigua que puede significar tanto explicar o mostrar las causas -los motivos- de un efecto (la decisión), como también aportar razones que permitan considerar una determinada acción (una decisión) como algo correcto o aceptable. Si se acepta esta distinción, me parece que la obligación de ‘motivar’ las sentencias no puede entenderse más que en este segundo sentido, es decir, equivaliendo a ‘justificar’”. ATIENZA, M. 1994. *op. cit.* p. 84.

⁴³⁷ FERRER, J. 2003. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. Jueces para la democracia (N° 47): p. 31; FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 103.

⁴³⁸ Rubén A. Chaia adhiere a esta idea estableciendo que una decisión judicial es el resultado de una actividad dinámica entre el juez y las partes en función de los datos probatorios que éstas le provean a aquel. La motivación en este sentido le otorga contenido al derecho a la prueba. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* pp. 170-171.

“si varía el conjunto de elementos de juicio disponibles puede variar también la conclusión que se justifique a partir de los mismos”⁴³⁹.

Por otra parte, la justificación concierne al ámbito *normativo*, vale decir, la conclusión solo puede ser derivada lógicamente de las razones jurídicas utilizadas (al margen de que un tipo de razones que estructura el razonamiento judicial está compuesto por una premisa fáctica que se desenvuelve en el ámbito de los enunciados descriptivos, vale decir, del predicado de la verdad o falsedad) y no de las causas reales de la decisión⁴⁴⁰. En este sentido, solo las decisiones judiciales amparadas en la *concepción racionalista* de la motivación pueden bastarse a sí mismas, ser inteligibles y reconocerse como justificadas⁴⁴¹. En último término, adherir a los presupuestos de la racionalidad de la decisión en el contexto de un proceso judicial, posibilita la realización plena del derecho como sistema de regulación de las conductas humanas⁴⁴².

Lo que puede aportar la garantía de la motivación es crucial para un proceso penal que tiene una pretendida función epistémica y que a su vez es esencialmente práctica. El área donde quizás más se puede notar la función cognoscitiva⁴⁴³ es en relación a la determinación de los hechos en una sentencia. Ahora bien, en el ejercicio de la función jurisdiccional lo que más se resalta es la toma de una decisión que zanje el conflicto jurídico que las partes han renunciado o se han visto impedidas de resolver por sí mismas, lo que es una cuestión sustancialmente práctica porque práctico es también su

⁴³⁹ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 31.

⁴⁴⁰ FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 90. El desarrollo de este argumento se verá en el punto 2.1.2.4. El ámbito normativo también puede ser abordado desde otra vertiente: “Se pone así de manifiesto el carácter eminentemente normativo que reviste el razonamiento judicial, ya que el acto de imperio en que éste culmina es -ni más ni menos- una regla de conducta singularizada, que manda la realización de un determinado obrar en ciertas circunstancias”. MASSINI, C. I. 1980. Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial. *Revista de Derecho Público*. Vol. 28: p. 84.

⁴⁴¹ CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 171; IBÁÑEZ, P. 1992. *op. cit.* p. 294. .

⁴⁴² ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* pp. 6-7. Ferrer en el mismo sentido: “sólo si el proceso judicial tiene el objetivo de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados y en él se utilizan para resolver los casos las normas generales previamente establecidas, podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios”. FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 101.

⁴⁴³ Perfecto Andrés Ibáñez apoyándose en Ferrajoli, le concede a la motivación un “estatuto esencialmente cognoscitivo”. Con ello quiere decir que la fundamentación “está constituida por discursos producidos en apoyo de tesis asertivas, es decir, que afirman o niegan sobre la base de datos obtenidos contradictoriamente en el curso de la actividad probatoria, o bien sobre la base de una determinada interpretación de una disposición”. IBÁÑEZ, P. 1994. *op. cit.* p. 87. Ferrajoli agrega por su parte que en la obligación de motivar las decisiones judiciales se garantiza la naturaleza cognoscitiva -poder fundado en el saber del juez- y no potestativa -en el sentido de una revelación cuasi divina del rey- del juicio del hecho. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 623. Ahora bien, en la opinión de Luis Avilés (citando también a Ferrajoli), es cierto que los jueces gozan todavía de algún margen potestativo en el ejercicio de su función judicial “a causa de la discrecionalidad que siempre interviene en la interpretación de la ley, en la valoración de las pruebas, en la connotación del hecho y en la determinación de la medida de la pena”. AVILÉS, L. 2004. Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional. *Revista de Estudios de la Justicia* (N° 4): p. 194. Compartimos con Avilés su creencia en que la motivación es la mejor herramienta para evitar que la discrecionalidad devenga en arbitrariedad, pero también consideramos que la formulación de un *estándar objetivo de prueba* también puede contribuir al mismo efecto.

objeto. Esto último nos lleva a explicar la doble función intraprocésal y extraprocésal que tiene la motivación⁴⁴⁴.

2.1.2.1. Motivación como garantía interna y externa

Desde la lógica intraprocésal *-inter partes-* la actividad motivadora del juez viene a ser la garantía procesal de clausura de un sistema de garantías que inclina su preferencia por una concepción cognoscitiva del proceso penal. No obstante esto, entender su contenido como la individualización del iter lógico-jurídico mediante el cual el juez arriba a su decisión es un error⁴⁴⁵. En efecto, el sentido adecuado que debemos atribuir al concepto de motivación es aquel que ve en ésta una forma de exponer el discurso justificativo de la decisión a través del cual es posible verificar la corrección o incorrección del juicio emitido. La ausencia, insuficiencia o defectuosa fundamentación provoca la indefensión de las partes, de manera tal que el principal valor endo-procésal de la motivación es hacer posible la efectiva realización de los derechos fundamentales conexos, tales como el derecho de defensa, el derecho a recurrir, el derecho a la prueba⁴⁴⁶ y el derecho a la tutela judicial efectiva^{447 448}. En efecto, en la medida en que se accede a la construcción jurídica de la resolución se hace viable para las partes el control y ejercicio -eventual- de impugnación de la misma.

Entendida de esta manera, la motivación ocupa dentro de las obligaciones a la que está sometido un juez, un lugar privilegiado como criterio diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad de la decisión⁴⁴⁹. Imponer normativamente esta exigencia puede reducir los espacios de discrecionalidad judicial con miras a poner freno a la arbitrariedad, y a su vez, garantiza a los

⁴⁴⁴ A Taruffo le debemos el apelativo de “endoprocésal” y “extraprocésal”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2003. *op. cit.* p. 25.

⁴⁴⁵ IBÁÑEZ, P. 1992. *op. cit.* p. 262.

⁴⁴⁶ Estos dos últimos son componentes de la garantía del debido proceso. Por otro lado, desde el esquema teórico elaborado por Ferrer, la obligación de motivar las decisiones judiciales es uno de los elementos definitorios del contenido atributivo del derecho a la prueba. FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 29. En el mismo sentido, FUENTES MAUREIRA, C. 2011. El manejo de la incertidumbre judicial: la construcción de la *duda razonable* en el sistema procesal penal. *En: Diez años de la reforma procesal penal en Chile. 1ª edición.* Santiago, Chile. Ediciones UDP. pp. 512-513.

⁴⁴⁷ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 623. Para Ferrajoli, la motivación es la garantía legitimadora interna y externa de la función judicial. La relación con otros derechos fundamentales es sustentada también por PÉREZ LÓPEZ, J. 2012. La motivación de las decisiones tomadas por cualquier autoridad pública. *Derecho y Cambio Social.* Año IX (Nº 27): p. 5; NAVARRO BELTRÁN, E. 2011. *op. cit.* pp. 30-35; GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. 2013. *op. cit.* pp. 275-276.

⁴⁴⁸ Lawrence Tribe -invocado por Alexis Stein- pone de relieve el nexo entre la motivación y los sujetos que se ven afectados por ella: ‘El derecho a ser oído, y el derecho a recibir razones, son analíticamente distintos del derecho que asegura un resultado diverso; estos derechos de reciprocidad expresan la idea básica de que ser una persona, en lugar de una cosa, supone al menos ser consultado acerca de lo que se hará con uno’. STEIN, A. 2013. Contra la “prueba libre”. *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXVI (Nº2): p. 247.

⁴⁴⁹ PÉREZ LÓPEZ, J. 2012. *op. cit.* p. 2.

justiciables que la decisión dictada sea producto de un razonamiento aceptable y no un residuo de raigambre absolutista que soterradamente esconde el capricho del juez.

Desde otro punto de vista, si el debate contradictorio, público y oral en que se desarrolla una audiencia penal es una forma de control *ex ante* de la decisión judicial, la motivación de la sentencia es una clase de control *ex post* de su racionalidad⁴⁵⁰. En efecto, la fundamentación del hecho y el derecho permite que las resoluciones sean intersubjetivamente controlables y contrastables, puesto que conociendo el razonamiento del juez a través del cual se produjeron los argumentos decisorios, podemos identificar y controlar los innumerables tipos de errores en su fundamentación. La profesora Accatino, fijando y analizando los requisitos que exige el *modelo legal de fundamentación de los hechos* adoptado por nuestro Código Procesal Penal, clasifica algunas deficiencias reconocibles en la motivación de la sentencia definitiva que podrían ser susceptibles de ser impugnadas a través de un recurso de nulidad⁴⁵¹: (i) ausencia de fundamentación; (ii) fundamentación incompleta y (iii) fundamentación defectuosa⁴⁵².

Entre los autores nacionales existe un consenso, *a priori*, acerca de que el control efectivo de la racionalidad desplegada en la motivación de las decisiones judiciales en el sistema procesal chileno, pareciera ser más o menos débil. Ahora bien, la opinión en cuanto a identificar las causas de esta debilidad está dividida. Por un lado, procesalistas como Coloma, estiman que las reglas de racionalidad sobre el modo de justificar una sentencia penal son difusas, lo que dificulta la posibilidad de control por

⁴⁵⁰ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 435. Apoya este argumento LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* pp. 293-294.

⁴⁵¹ Bajo la hipótesis prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal que consagra uno de los motivos absolutos de nulidad.

⁴⁵² “(i) i. Falta de identificación total o parcial de los enunciados probatorios (cada uno de los hechos y circunstancias que se tienen por probados). ii. Falta de identificación de los elementos de juicio (medios de prueba) que justifican cada enunciado probatorio.

(ii) i. Insuficiencia interna al texto de la sentencia: falta de expresión de la relación de corroboración entre elementos de juicio y enunciado probatorio, cuando ella no sea evidente.

ii. Insuficiencia en relación al proceso: a) por omisión absoluta de consideración de algún medio de prueba aportado (sea para atribuirle valor probatorio o negárselo); o bien b) por omisión parcial de consideración de algún medio de prueba, al no considerarse debidamente objeciones, pruebas auxiliares o contra-pruebas presentadas en el proceso que pudieran afectar el valor probatorio del medio de prueba en cuestión.

(iii) i. Defectos lógicos: a) contradicción lógica entre afirmaciones contenidas en la sentencia; b) inconsistencia entre las premisas (elementos de juicio y generalizaciones) y las conclusiones en las inferencias individuales que establecen relaciones de corroboración; c) inconsistencia entre las premisas (elementos de juicio y estándar de prueba) y las conclusiones en la valoración conjunta que resuelve sobre la prueba de cada enunciado probatorio principal.

ii. Defectos en el uso de máximas de la experiencia: a) contradicción entre una relación de corroboración establecida en la sentencia y una máxima de la experiencia generalmente aceptada; b) falta de fundamento de las presuntas máximas de la experiencia invocadas; c) falta de descarte de las circunstancias que harían inaplicable la máxima de la experiencia al caso concreto.

iii. Defectos relativos a los conocimientos científicamente afianzados: uso, expreso o tácito, de generalizaciones que contrasten con conocimientos científicamente afianzados”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad. *En*: Formación y valoración de la prueba en el proceso penal. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing., p. 22.

la vía recursiva⁴⁵³. Por otro lado, procesalistas como Accatino, consideran que la fragilidad del control se presenta a un nivel teórico y práctico, toda vez que la forma en que los operadores jurídicos del sistema -especialmente los tribunales- conciben el modelo legal de justificación chileno de los enunciados probatorios es deficiente. La autora explica que a pesar de que nuestra ley procesal penal, al tenor de los artículos 297, 340 y 342 letra c), especifica las exigencias de contenido que debe observar la justificación de la declaración de los enunciados fácticos que se tienen por probados, el *modelo legal analítico de justificación* no ha podido ser aprehendido y difundido por nuestra práctica procesal. Al no tener claridad sobre los requisitos que debe observar la justificación de la declaración de los hechos para tenerlos por suficientemente probados, la consecuencia inevitable es que tampoco existe claridad sobre el “alcance del control que pueden ejercer los Tribunales superiores de justicia sobre los fundamentos de las conclusiones probatorias a través del recurso de nulidad”⁴⁵⁴. Este desconocimiento de las reglas se debe, entre otras cosas, a que no está arraigada en nuestra cultura jurídica la concepción de una adecuada motivación de la declaración de hechos probados y también a la interpretación subjetivista que ha tenido en Chile la instauración del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” y la vinculación del concepto de prueba con la convicción interna del tribunal⁴⁵⁵.

A esta última tesis podríamos agregar la llamativa situación que se genera en nuestra realidad jurídica imperante, caracterizada porque las partes que participan de un determinado caso penal no siempre se atreven a buscar en los instrumentos legales que tienen a su disposición, nuevas estrategias de impugnación de la racionalidad de la decisión judicial o a veces su indolencia los conduce a no ejercer actuaciones procesales que puedan realmente satisfacer sus pretensiones.

Desde la lógica extraprocesal *-erga omnes-*, que la exigencia ilustrada de motivación sea un mecanismo de garantía, significa que el razonamiento judicial desplegado a través de la argumentación jurídica está dirigido no solamente a las partes sino al conjunto de la sociedad en busca de su

⁴⁵³ COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXIII: p. 305.

⁴⁵⁴ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. *op. cit.* p. 10. La reticencia de este control por parte de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema -explica la autora- ha llevado a que estos tribunales solo acojan recursos de nulidad en aquellos casos en que la falta de fundamentación se debe a que los tribunales *a quo* no se hicieron cargo en la sentencia de la prueba desestimada. Sin embargo, no ha sido objeto de control, por ejemplo, las sentencias que solo valoran globalmente la prueba y no se refieren a la valoración individual de los elementos probatorios. *Ibid.* p. 16; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXII: pp. 349-350.

⁴⁵⁵ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. *op. cit.* pp. 18-20. Un fallo esclarecedor en este sentido es uno expuesto por la misma autora: “(...) observamos que una firme tendencia jurisprudencial excluye que la justificación de la suficiencia (o insuficiencia) de las pruebas pueda ser revisada, porque la convicción del tribunal más allá de toda razonable *‘es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimientes (...), sin que esta Corte tenga la facultad de anular por ese motivo, el juicio que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia, previo un conocimiento exhaustivo y directo de los hechos’*”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 497; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 21; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. *op. cit.* pp. 357-358.

legitimidad democrática⁴⁵⁶. Dado que los tribunales ejercen una función pública y que la conformación de estos órganos no se rige por el principio de la mayoría, la estricta sujeción de esta garantía al imperio de la ley termina convirtiéndose en un presupuesto inderogable de enlace con la soberanía popular⁴⁵⁷. En la interpretación de los académicos nacionales Raúl Carnevali e Ignacio Castillo: “Su legitimidad -y por lo mismo su autoridad- (los autores se refieren a los jueces) no viene dada por el hecho de haber estudiado derecho, haber entrado a la Academia Judicial o ser nombrado por decreto presidencial. Su legitimidad democrática, por el contrario, viene dada -entre otras cosas- por la motivación y justificación de sus decisiones que, como es obvio, no pueden quedar entregadas a su subjetivismo, sino que a un proceso racional, sujeto a la ley e intersubjetivamente contrastable”⁴⁵⁸.

La publicidad de las actuaciones judiciales es también una exigencia moderna de carácter político⁴⁵⁹, que sociabiliza las decisiones, eleva su contenido y les confiere validez jurídico-social. La idea de esgrimir públicamente las razones de peso que justifican la decisión tomada es la forma de otorgarle legitimidad al poder que ostenta el juez, ya no desde la autoridad política *-maiestas-* sino desde su saber *-auctoritas-* socialmente reconocido⁴⁶⁰. En efecto, una motivación fundada en derecho

⁴⁵⁶ “En realidad, cuando el juez dicta sentencia, de lo que trata siempre es de hacer ‘justicia’, concepto ambiguo y vago donde los haya, pero que vendría a significar –para los efectos que ahora nos conciernen- que el juez intenta conferir a su decisión una vocación de universalidad”. NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 27.

⁴⁵⁷ “Este segundo aspecto de la publicidad de las razones judiciales pone de relieve la conexión profunda entre el deber de motivación de las sentencias y la moderna legitimación del poder del juez a través de su sujeción a la ley, pues la legislación representa precisamente el procedimiento a través del cual se fijan, en una democracia, las normas que cuentan como normas válidas y que los ciudadanos pueden reconocer como comunes porque participan, a través de sus representantes, en su elaboración”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* p. 2.

⁴⁵⁸ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* p. 103. Compartiendo esta idea Perfecto Andrés Ibáñez: “(...) cumplidas las exigencias legales precisas para el acceso a la función, la legitimación se tiene (o *no*) por el correcto ejercicio de aquella dentro de los parámetros constitucionales y legales. Es decir, mediante la observancia de las prescripciones estatutarias y de las reglas del proceso contradictorio, y, de estas, muy en particular, el imperativo de motivación de las resoluciones en materia de hechos y en derecho”. IBÁÑEZ, P. 2003. *Democracia con jueces*. En: MALEM SEÑA, J., OROZCO, J. y VÁSQUEZ, R. *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona, España. Gedisa Editorial., p. 252.

⁴⁵⁹ Nuestro ordenamiento jurídico constitucional consagra en su artículo 8º la publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado como una de las Bases de la Institucionalidad.

⁴⁶⁰ El renombrado aforismo “el saber es poder” se lo debemos al racionalista Bacon. MASSINI, C. I. 1980. *op. cit.* p. 65. En un acucioso trabajo, Daniela Accatino explica el origen genuino de la exigencia de motivación de las sentencias como una invención ilustrada, aunque ya en el siglo XII se constataban algunos indicios en Europa que abordaron el problema jurídico de la motivación, de la mano de los decretos y comentarios papales. Accatino explica cómo el abandono de la manifestación divina como forma de explicar los fenómenos que ocurren en el mundo exterior y el regreso a un sistema de prueba racional de averiguación de los hechos (alejándose tímidamente del sistema de prueba legal) marcó el tránsito de la exclusión de la fundamentación a su inclusión como una obligación de carácter constitucional y legal en los Estados liberales. Las políticas centralizadoras del Antiguo Régimen, la razón de Estado y el principio jerárquico en la organización de los tribunales generaron que el pensamiento prevaleciente de la época se basara en que la función jurisdiccional no requería de una justificación pública e impidieron que la motivación se configurara como un elemento central de la judicatura, a pesar de que ya en el siglo XVI la situación comenzó a cambiar en algunos Estados (italianos) del Antiguo Régimen, donde se pueden detectar las primeras manifestaciones de la institución de la motivación asociadas a la conservación del poder político del Príncipe (el que, evidentemente, era funcional a la mantención de su posición privilegiada). Finalmente, fue la corriente racionalista del siglo XVIII la que terminó por erigir verdaderamente, y en forma definitiva, la exigencia de motivación sobre la base del impulso que otorgo la legislación revolucionaria francesa. En palabras de Accatino: “La filosofía política contractualista había imaginado –y la Revolución se proponía realizar– un fundamento nuevo para el poder político: no más majestad divina, sólo el pacto y la delegación del pueblo o la nación para la protección de sus derechos. En ese tránsito

es un excelente instrumento para reforzar la autoridad de la sentencia y para que los ciudadanos puedan confiar en la justicia de las decisiones⁴⁶¹. En este sentido, la publicidad viene a subrayar esta relación existente entre la fundamentación y la legitimación política del poder del juez a través de su subordinación a la ley. Una ventaja adicional que entrega la publicidad de las decisiones es que se exterioriza a la ciudadanía las reglas substantivas y de procedimiento que el órgano jurisdiccional debió seguir para emitir su decisión, las que se supone son también resultado de una previa deliberación ciudadana⁴⁶². Si son los jueces los que cuentan con un saber especializado para reconstruir de mejor manera los fragmentos de la realidad a la cual son llamados (sobre todo si su conformación se hace en base a criterios de calificación técnica y profesional), la motivación y publicidad de sus decisiones se convierten en las piezas más óptimas del engranaje para distribuir socialmente su conocimiento⁴⁶³.

Además de lo señalado, otra ventaja que entrega una visión democrática de esta garantía es que permite establecer la existencia de un control *ex post* de la racionalidad de la motivación, la que se desplaza en esta oportunidad desde las partes hacia el escrutinio público del ciudadano. En efecto, la legitimidad democrática del juez aquí no es formal -en tanto no son órganos de representación popular los que resuelven- sino que es *material*, constituyendo esta una de las manifestaciones de lo que Ferrajoli ha acuñado con el término de “*democracia sustancial*”⁴⁶⁴. Este cambio de paradigma en la forma de entender la democracia hace que se supere el formalismo de la regla de la mayoría expresada en el sufragio universal, poniendo el foco de atención en la dimensión sustancial de los derechos fundamentales (liberales, sociales) y las garantías procesales de un Estado de Derecho. En síntesis, la

tampoco el fundamento del poder del juez podía permanecer intacto: una vez desligada de su antigua majestad, la función judicial encontraba único fundamento en su estricta sujeción a la ley, entendida como garantía de libertad. De ese modo resultaba fortalecida la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio judicial –que ya estaba presente en la concepción monárquica de la *auctoritas* judicial– y además ella comenzaba a ser vinculada con exigencias de publicidad relativas al proceso y al saber del juez, que venían a sustituir al secreto y la concepción autocrática del saber jurídico que habían acompañado antes a la majestad de la función judicial”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2003. *op. cit.* p. 28. En definitiva, es a partir de la Revolución Francesa donde se logra innovar el significado político de la institución y se estableció firmemente las bases de la fundamentación de las decisiones judiciales como un tema de naturaleza pública y de dimensión ciudadana. Otro autor que apoya la tesis de que el saber confiere un poder políticamente legitimado, es Perfecto Andrés Ibáñez en: IBÁÑEZ, P. 2009. *op. cit.* p. 182. Sobre la relación entre la *potestas* de los magistrados, la *auctoritas* del Senado y la *maiestas* del pueblo en la República romana, véase también: SAMPER, F. 2009. Derecho romano. Tercera edición. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile., pp. 20-26.

⁴⁶¹ Sobre que no es cierto que la motivación reste valor y fuerza a la autoridad de la sentencia, véase ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2003. *op. cit.* p. 14.

⁴⁶² ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* p. 2.

⁴⁶³ COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 222.

⁴⁶⁴ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 864. En el primer capítulo también nos referimos a la construcción de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho; la motivación de las sentencias no es más que una concreción de esta forma de Estado. Sobre esto último, comenta Perfecto Andrés Ibáñez: “Los derechos fundamentales reciben por esta vía el tratamiento jurídico que corresponde a su calidad de ‘fundamento funcional de la democracia’, porque es sólo ‘a través del ejercicio individual de los derechos fundamentales como se realiza un proceso de libertad que es elemento esencial de la democracia’. (Häberle)”. IBÁÑEZ, P. 2003. *op. cit.* p. 247; V.t. TROPER, M. 2003. El poder judicial y la democracia. En: MALEM SEÑA, J., OROZCO, J. y VÁSQUEZ, R. La función judicial. Ética y democracia. Barcelona, España. Gedisa Editorial., p. 27.

motivación se erige como un modo de democratizar la administración de justicia⁴⁶⁵ y controlar su consistencia con los valores políticos, éticos y sociales que rigen el ordenamiento⁴⁶⁶.

2.1.2.2. ¿Qué es lo que realmente se motiva? Motivación como acto o como norma

La Corte Suprema en sendos fallos ha puesto de relieve la importancia de la motivación en torno a la garantía del debido proceso y su defectuoso cumplimiento por nuestros tribunales⁴⁶⁷. Una muestra de esto es la siguiente sentencia:

“DÉCIMO QUINTO: Que, como cuestión previa principal, es útil dejar en claro que tal como ya ha tenido oportunidad de señalar este máximo tribunal en los ingresos N°. 4954-08 y N°. 1414-09, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de esa Carta Política, le confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo.

En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso, no hay discrepancias en admitir que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile, actualmente en vigor, y las leyes, le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones ante los tribunales, que sean escuchados, que puedan protestar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas, entre otros.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, ante ello, el tribunal procedió a resolver la incidencia arguyendo como fundamentos decisorios aspectos que no le fueron entregados ni desarrollados por las partes intervinientes, como fue el aludir en su resolución a su manifiesta impertinencia, citando a

⁴⁶⁵ FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 97. En la misma línea Perfecto Andrés Ibáñez a modo de conclusión: “Por tanto, es claro que sin garantías procesales -que a su vez presuponen las orgánicas- no hay ejercicio de poder judicial constitucionalmente aceptable. Del mismo modo que sin poder judicial que ocupe el espacio que la Constitución le asigna no hay democracia efectiva, es decir, de sujetos con derechos”. IBÁÑEZ, P. 2003. *op. cit.* p. 256.

⁴⁶⁶ TARUFFO, M. 2006. *op. cit.* p. 263.

⁴⁶⁷ Es importante destacar que el vicio denunciado en la judicatura chilena es un problema que también han sufrido otras culturas jurídicas, v. gr., España: “*Se ha denunciado con frecuencia la práctica judicial de la prisión provisional como uno de los campos en que más deficiente resulta ser el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones.* (...) ello obedece, en general, en una proporción significativa, al peso de la inercia de una larga tradición de falta de hábito en la materia”. IBÁÑEZ, P. 1997. Presunción de inocencia y prisión sin condena. Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 9 (N° 13): p. 15. Las cursivas son nuestras.

continuación de forma mecánica los artículos 315, 318 y 276, todos del Código Procesal Penal, de los cuales se ignora su trascendencia y relación con lo discutido, pues no se explicitan los mecanismos de razonamiento, resolviendo a continuación su exclusión, lo que supuso vulnerar de paso su derecho a generar prueba de descargo, ella como variante de la garantía constitucional del debido proceso, y que importó, además, fundar su decisión de rechazo mediante argumentaciones que no se le entregaron en la oportunidad al jurisdicente, exigencia que se consagra en el artículo 36 del Código Procesal Penal, en el que se dispone que será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite, en las que se expresarán sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas, y que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación, *la que se justifica en aras de evitar la habitual práctica de fundamentar las resoluciones judiciales sólo en términos formales, lo que produce, por una parte, un alto grado de insatisfacción en la ciudadanía al no cumplir con el efecto socializador propio de las sentencias judiciales y, por otra, impide a las partes comprender la razón de lo decidido.*

Esto permite, a la vez la creación de una jurisprudencia que determine de manera clara los parámetros de interpretación de las normas jurídicas. El respeto de este principio hará que la eficacia de las resoluciones judiciales encuentre apoyo en una adecuada fundamentación de los motivos y consideraciones tenidas a la vista para resolver en un determinado sentido”⁴⁶⁸.

En nuestra opinión, lo interesante de la parte considerativa transcrita son dos puntos. Primero “(i)”, reafirmar la trascendencia del elemento motivación como una de las concreciones del debido proceso, y segundo “(ii)”, que advirtiendo las graves deficiencias en que incurren los tribunales chilenos en el ejercicio de fundamentación, no se explica *cómo* debe ser una correcta motivación y qué es lo que *realmente* se motiva en una decisión judicial.

Sobre el punto “(i)”, el *modelo constitucional de proceso* al cual adscribimos en el primer capítulo no puede prescindir de la motivación como componente del debido proceso. La doctrina constitucional ha preconizado esta idea, la cual se ha visto reflejada en la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así por ejemplo, sobre la motivación de la sentencia se ha declarado que es *“connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio. (...) a la vez que un deber*

⁴⁶⁸ SCS: Rol N° 8.637-2011. [15 de noviembre de 2011]. Las cursivas son nuestras. En el mismo sentido, SCS: Rol N° 990-2010. [03 de mayo de 2010]. Este último fallo es citado por Enrique Navarro en: NAVARRO BELTRÁN, E. 2012. *op. cit.* p. 623).

del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza a declarar la inaplicabilidad del precepto objetado”⁴⁶⁹. En una línea similar, también ha expresado que a pesar de que la Constitución en su inciso sexto del artículo 19 n° 3 no contiene en forma explícita los presupuestos mínimos que integran el debido proceso⁴⁷⁰, no se puede soslayar que la fundamentación de las resoluciones judiciales sí está comprendida dentro de ésta⁴⁷¹, imponiéndose como una obligación constitucional plenamente aplicable tanto en procedimientos judiciales como administrativos.

Cabe destacar que a pesar de las divergencias de contenido normativo entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía del debido proceso, la literatura especializada y la jurisprudencia de la Magistratura Constitucional chilena han señalado que ambos conceptos tienen varios elementos en común, uno de los cuales es el derecho a obtener sentencias motivadas⁴⁷². Una manera de entender esta garantía en el marco del debido proceso -se afirma- es ser “un derecho limitado al ejercicio de una ritualidad racional”⁴⁷³. Habría que preguntarse si acaso la construcción de una regla de estándar que sea proclive a establecer decisiones racionales en la concesión o denegación de una prisión preventiva no sería la manifestación más conspicua de la ritualidad que los procedimientos penales reclaman. Sobre esto nos referiremos en el capítulo tercero.

Sobre el punto “(ii)”, debemos acudir a la distinción planteada por Ricardo Caracciolo -autor evocado por Jordi Ferrer en diversas publicaciones- para profundizar el concepto de motivación aludido. Cuando hablamos de justificar la decisión judicial podemos entender dicha expresión en dos sentidos. Una referida a la (A) *justificación como norma* y otra referida a la (B) *justificación como*

⁴⁶⁹ NAVARRO BELTRÁN, E. 2011. *op. cit.* pp. 32-33.

⁴⁷⁰ Cuestión distinta a otras Cartas Fundamentales de tradición continental en que sí consagran explícitamente la obligación de fundar todas las resoluciones judiciales, tales como la Constitución italiana (art. 111) o la Constitución española (artículo 120.3, donde también consagra la publicidad y oralidad), por nombrar algunas.

⁴⁷¹ Véase considerandos 6° y 7° de STC: Rol N° 1873-2010. [25 de agosto de 2011] (esta es una sentencia extraída de NAVARRO BELTRÁN, E. y CARMONA SANTANDER, C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional (N°59), pp. 48, 164, 511). Desde hace varios años la Corte Suprema ha reconocido también en forma explícita esto. Véase SCS: Rol N° 964-2003. [12 de mayo de 2003]. (sentencia extraída del trabajo de Luis Avilés, que a la fecha de su publicación, era relator de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. AVILÉS, L. 2004. *op. cit.* pp. 190-191). El mismo Avilés ha destacado la relevancia de esta garantía en relación a la presunción de inocencia, cuestión que ha sido declarada en forma reitera por el Tribunal Constitucional español: “En consecuencia, hemos destacado recientemente (STC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2) la relevancia constitucional de la motivación del relato fáctico de las sentencias penales, pues, en efecto, su total ausencia ‘afecta al derecho a la presunción de inocencia [SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 7; 175/1985, de 17 de diciembre, FJ 5; 107/1989, de 8 de junio, FJ 2; 229/1988, de 1 de diciembre, FJ 2; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 91/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 111/1999, de 14 de junio, FJ 2, 120/1999, de 28 de junio, FJ 3]’”. *Ibid.* p. 193.

⁴⁷² Para una mejor comprensión, véase la propuesta de Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Vásquez en base a los trabajos de Andrés Bordalí, Enrique Navarro y otros autores, en la cual se intenta sistematizar las garantías específicas que abarcan ambos derechos constitucionales. GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. 2013. *op. cit.* pp. 256, 269-270.

⁴⁷³ *Ibid.* p. 269.

acto. La primera apunta al “acto de emisión de una resolución judicial, en particular, de una norma individual”⁴⁷⁴; la segunda apunta “al resultado de ese acto, es decir, a la norma individual emitida”⁴⁷⁵, es decir, al contenido de la decisión. La primera (A) se entenderá justificada si, y solo si, la conclusión es el resultado de una derivación lógica de las premisas normativas y fácticas (es lo que en teoría del Derecho se conoce como “justificación interna”⁴⁷⁶). Esta es una condición necesaria, pero no suficiente. En efecto, la justificación de la resolución judicial como norma estará completamente justificada si además la resolución judicial es el producto de un razonamiento sólido, es decir, los enunciados descriptivos (premisa fáctica) y normativos (premisa normativa) son verdaderos (es lo que en teoría del Derecho se conoce como “justificación externa”)⁴⁷⁷. La segunda (B) se entenderá justificada (o no) si se han cumplido (o no) “las normas que regulan ese acto”⁴⁷⁸. Ahora bien, nada obsta a que ambos tipos de motivación puedan exigirse en el contexto de un proceso judicial, siempre que se tenga claridad que el ejercicio de (A) y (B) es un ejercicio de fundamentación diametralmente opuesto, pero no por ello incompatible o excluyente.

Cuando un tribunal debe declarar probado un hecho puede servirse de la distinción presentada. En efecto, la justificación como acto (B) estará debidamente motivada si la premisa fáctica es plausible, y lo será cuando “existen en el expediente judicial elementos de juicio suficientes a su favor que atribuyen a la hipótesis sobre los hechos un grado de probabilidad inductiva que supere el estándar de prueba previsto para este tipo de casos”⁴⁷⁹. La distinción resulta aún más útil si recordamos lo que anunciamos en el primer capítulo de esta memoria, cuando señalábamos que es posible identificar que una misma resolución judicial se encuentre en una situación ambivalente, esto es, que sea *correcta* en cuanto a cumplir los requisitos que disponen las reglas procesales para su emisión y a pesar de ello, ser *falsa* en cuanto al contenido de la decisión emitida (proposición lingüística que dice X o no-X), o viceversa⁴⁸⁰; lo que da cuenta de que siempre es posible detectar errores en las decisiones judiciales.

En la acepción utilizada por Ferrer, “puede suceder que el acto de adopción de una decisión judicial esté justificado y que, en cambio, no lo esté el contenido de esa decisión, esto es, la norma

⁴⁷⁴ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 32; FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 111; FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 103.

⁴⁷⁵ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 32; FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 111; FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 103.

⁴⁷⁶ Sobre la distinción teórica planteada por Wróbleski hablaremos en el acápite 2.1.2.4.1.

⁴⁷⁷ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 32; FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 111; FERRER, J. 2011. *op. cit.* pp. 103-104.

⁴⁷⁸ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 32; FERRER, J. 2002. *op. cit.* pp. 111-112; FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 104.

⁴⁷⁹ FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 105.

⁴⁸⁰ Roxin sostiene también esta idea: “Las sentencias pueden ser alcanzadas de un modo irreprochable desde el punto de vista jurídico del principio de formalidad pero ser incorrectas en su contenido, o bien ser correctas en su resultado pero obtenidas en infracción al ordenamiento jurídico-procesal”. ROXIN, C. 2000. Derecho procesal penal. *op. cit.* p. 3. La misma dicotomía es expresada por Laudan, para quien existen veredictos válidos/inválidos y veredictos verdaderos/falsos. Ambos elementos pueden cruzarse: “Usando la terminología de la sección anterior, decimos que es un veredicto válido aquel que concluye la culpabilidad (p) de Jones, incluso cuando es verdad que Jones es inocente (m). Siguiendo la misma lógica, un veredicto de no culpabilidad (una absolución) puede ser válido, aun en el caso de que Jones sea culpable (m)”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 38.

individual”⁴⁸¹. Si trasladamos esta dificultad teórica al terreno práctico, está dentro del ámbito de lo posible que la premisa fáctica de la dictación de la prisión preventiva en contra de un imputado - contenido de la norma individual- esté injustificada epistemológicamente, ya sea porque no existen realmente antecedentes que justificaren la existencia del delito (o existiendo, son débiles, poco fiables⁴⁸², de baja calidad o insuficientes) o porque no existen antecedentes (o existiendo, son débiles, poco fiables, de baja calidad o insuficientes) que permitieren presumir fundadamente la participación culpable de un imputado (ambos supuestos están referidos al juicio de hecho previsto en la letra a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal) pero al mismo tiempo esté justificada probatoriamente el acto de imponer sobre el imputado la prisión preventiva, teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados por las partes en la audiencia cautelar.^{483 484}

Estos disociaciones pueden proliferar e irrogar perjuicios en el sistema de enjuiciamiento criminal, máxime si en nuestro ordenamiento jurídico procesal es complejo hallar una verdadera regla de estándar que junto con repartir diferenciadamente los riesgos de esta equivocación, nos pueda indicar bajo qué supuestos o condiciones podemos tener por suficientemente justificada la dictación o denegación de la medida cautelar personal más intensa del sistema procesal penal, o cuales son las exigencias de contenido que debe satisfacer la justificación para que una determinada proposición sobre la prisión preventiva esté (o no) probada. Por lo tanto, en estricto rigor, no estamos -o al menos no deberías estar- actualmente en condiciones de concluir que una determinada hipótesis fáctica sobre la prisión preventiva está debidamente justificada, si no contamos precisamente con un estándar de prueba aplicable que nos facilite esta respuesta

Evidentemente un escenario ideal sería aquel que pudiera establecer las condiciones necesarias para producir decisiones que simultáneamente sean correctas y verdaderas, pero lo óptimo no siempre puede ser alcanzado con éxito. No tenemos que olvidar que una de las maneras de concebir el proceso criminal es entenderlo como un mecanismo generador de respuestas aceptables que pueda velar por la

⁴⁸¹ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 32; FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 104; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* p. 6.

⁴⁸² Sobre el concepto de fiabilidad, adherimos al significado que le atribuye la interpretación de García Amado a la materia: “(...) son aquellas en las que no encontramos óbice o desconfianza en cuanto a estas tres posibles situaciones o actitudes del sujeto que hace el enunciado probatorio, (...) no se encuentra en una de estas tres situaciones respecto de lo así enunciado: yerra, miente o malinterpreta”. GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 67.

⁴⁸³ El ejemplo que presenta Ferrer está referido a la dictación de una sentencia condenatoria en contra de un acusado que no cometió el delito. *Nosotros quisimos extender su interpretación al caso de las medidas cautelares personales porque pensamos que el mismo problema teórico puede producirse en una etapa anterior a la del enjuiciamiento definitivo.*

⁴⁸⁴ Esta dificultad en la motivación también puede encontrarse en autores como Atienza al criticar la lógica deductiva empleada en el razonamiento judicial. Aunque no se refiere a la discusión en los términos de una “justificación como norma” o “justificación como acto”, en lo sustantivo evidencia el mismo problema: “(...); 7) no determina, en el mejor de los casos, la decisión en cuanto tal, (por ejemplo, ‘condeno a S a la pena Z’), sino el enunciado normativo que es la conclusión del silogismo judicial (‘debo condenar a S a la pena Z’): un enunciado como ‘debo condenar a S a la pena Z, pero no le condeno’ no representaría una contradicción de tipo lógico”. ATIENZA, M. 1996. *Argumentación jurídica*. En: GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. *El Derecho y la Justicia*. Madrid, España. Editorial Trotta., p. 233.

calidad epistemológica de sus decisiones, reconociendo a su vez los límites infranqueables a los que está sujeto. Si nos hacemos parte de este objetivo es porque el sistema judicial chileno deliberadamente optó por una justicia procedimental imperfecta, cuyas reglas procesales están delineadas no sólo para asegurar un resultado justo -y la verdad es un presupuesto inderogable de la justicia- sino para establecer las condiciones mínimas que permitan proveer respuestas con niveles racionales de plausibilidad⁴⁸⁵. Esta opción que tomó el legislador nacional es por lo demás un tipo de solución congruente con la que sugieren algunos autores, en el sentido de que sea cada ordenamiento jurídico el que regule autónomamente las divergencias que se producen entre la decisión-acto y la decisión-norma conforme a sus propias preferencias⁴⁸⁶.

2.1.2.3. Premisa normativa y premisa fáctica en la estructura del razonamiento judicial

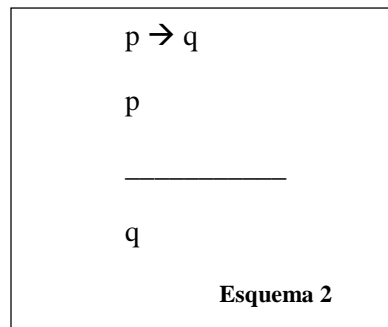
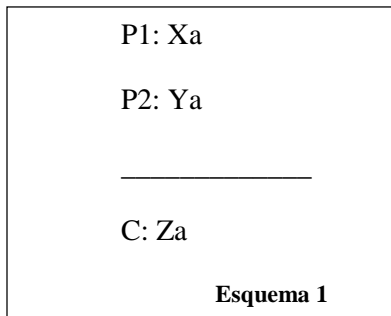
La crítica atingente a la construcción de la motivación de una decisión judicial supone cuestionarse *ex ante*, cómo es que ingresan los hechos al juicio emitido, cómo se razonan, se fijan y se declaran probados los enunciados fácticos que afirman su ocurrencia, de qué modo es que se seleccionan las normas jurídicas que actúan sobre los mismos, se interpretan y luego se asignan las consecuencias jurídicas que se derivan de la correcta aplicación de las disposiciones legales. Como se puede apreciar, el entramado de consideraciones que tiene a la vista el juez es sumamente complejo, por lo que resulta imperioso describir la estructura lógica que siguen nuestros tribunales en la toma de una decisión judicial.

En general, el discurso justificativo que el órgano jurisdiccional proyecta en una sentencia y en la resolución sobre la prisión preventiva, consiste en esgrimir las premisas fácticas y normativas que constituyen el razonamiento de la decisión. La estructura de esta decisión judicial es la siguiente⁴⁸⁷:

⁴⁸⁵ Sobre la noción de que nuestro juicio oral es un mecanismo de justicia procedimental imperfecta, véase COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 9

⁴⁸⁶ FERRER, J. 2003. *op. cit.* pp. 32-33; FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 112.

⁴⁸⁷ El esquema designado como “2” es el dibujo plasmado por Manuel Atienza en su trabajo “*Las razones del derecho*”. Su esquema lo plantea en el siguiente ejemplo: “ $p \rightarrow q$: Todos los poetas son imbéciles - p: El ministro es un poeta - q: El ministro es un imbécil”. Su pertinencia está dada porque describe un argumento lógicamente válido con una premisa falsa. ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 9.



Un ejemplo que ponga de manifiesto la aplicación del esquema 1 es el siguiente:

P1: Los almirantes no mienten

P2: Ravanal es un almirante

C: Ravanal no miente

Jordi Ferrer por su parte describe el siguiente ejemplo:

P1: La capital de Colombia es la quinta ciudad en número de habitantes del país.

P2: Bogotá es la quinta ciudad en número de habitantes del país.

C: Bogotá es la capital de Colombia⁴⁸⁸.

El esquema graficado es la imagen más típica que se tiene tradicionalmente del juicio judicial que no es otra cosa que la aplicación de un silogismo⁴⁸⁹, donde (X) es la premisa normativa, (Y) es la premisa fáctica y (Z) es la conclusión lógica derivada de las premisas.

⁴⁸⁸ FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 95.

⁴⁸⁹ Incluso algunos autores de otros sistemas de tradición continental llegan a la misma conclusión. Rubén. A. Chaia, v. g.r, declara: “La sentencia debe reunir los siguientes requisitos: a) La norma: contenida en la premisa mayor; b) Realizar una

Lo primero que debemos afirmar es que las premisas normativas (X) están referidas a las normas jurídicas aplicables al caso concreto, es decir, dichos enunciados jurídicos son susceptibles de validez o invalidez. En cambio, las premisas fácticas (Y) están referidas a la determinación de los hechos, por lo tanto, las proposiciones fácticas sobre el juicio del hecho son susceptibles de verdad o falsedad⁴⁹⁰. La aplicación conforme a derecho es la corrección lógica del juicio emitido, en cambio, la fijación de los hechos es una corrección epistemológica de verificación o refutación.

La premisa fáctica (X) es donde más se puede hacer visible la pretendida función epistémica del proceso, toda vez que es en la determinación de la *quaestio facti* donde las reglas de la racionalidad empírica y de la valoración de la prueba se convierten en protagonistas. Decidir sobre la declaración de los hechos probados es algo más que una mera verificación del dato fáctico. Es el resultado de una operación intelectual que determina el lugar donde se aplicará el derecho y se producirán los efectos jurídicos para las partes. En opinión de algunos, los sistemas de libertad probatoria vigentes generan espacios de actuación en que los jueces cometen más arbitrariedades en la declaración de los hechos probados y son más difícilmente controlables,⁴⁹¹ sobre todo si existen problemas en la comprensión e interpretación subjetivista sobre la regla que dispone el umbral mínimo de suficiencia sobre el cual se tienen por probados los hechos.

No por nada el artículo 297 y 342 letra c) del Código Procesal Penal intensifican los requisitos que debe cumplir la motivación de las proposiciones fácticas que versan sobre el hecho en la sentencia penal, a través de la exigencia del tribunal de justificar los criterios objetivos de valoración racional de la prueba, las condiciones que deben observarse en relación al señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se tiene por probado cada uno de los hechos y la obligación ineludible de hacerse cargo de toda la prueba producida, sea de cargo o de descargo. En definitiva, se busca la reproducción de la justificación del razonamiento probatorio expresado en la sentencia.

En los cimientos de la reforma procesal penal, Andrés Baytelman ya se mostraba decidido a dar algunas pautas objetivas para que el razonamiento fuera operativamente reproducible, enumerando dos elementos que a nuestro juicio resultan muy relevantes porque son evidencia de algunas de las peculiaridades y vicios que se presentan en la fundamentación clásica de las sentencias y de las resoluciones judiciales claves que se pronuncian a lo largo del procedimiento. Estos son:

referencia fáctica o sustento del caso en los hechos: premisa menor; c) Relacionar las premisas por medio de inferencias lógicas; d) Arribar a la conclusión, que es, en definitiva, la proposición final". CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 172.

⁴⁹⁰ "Otro de los posibles motivos de insatisfacción proviene de que la definición de argumento válido deductivamente (...) se refiere a proposiciones -premisas y conclusiones- que pueden ser verdaderas o falsas. Ahora bien, en el derecho, en la moral, etc., los argumentos que se efectúan parten muchas veces de normas y llegan a ellas, esto es, tratan con un tipo de enunciados respecto de los cuales no parece que tenga sentido predicar verdad o falsedad". ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 14.

⁴⁹¹ IBÁÑEZ, P. 1992. *op. cit.* p. 261.

(i) Que el razonamiento sea lógicamente plausible.

(ii) Que el razonamiento entregue razones intersubjetivas en el caso que tenga que decidirse por una conclusión lógica posible, habiendo más de una plausible⁴⁹².

En (i), el autor confirma el método de decisión silogístico instalado en la judicatura chilena. En (ii), se hace un avance en cuanto a la posibilidad de controlar la racionalidad de la decisión judicial, pero se comete un error inexcusable. Al desarrollar el autor esta idea confiesa que el objetivo es dar “al lector de la sentencia razones que éste puede aceptar como “razón” -no necesariamente compartir, sino aceptar- *sin necesidad de asumir la propia subjetividad del o de los jueces*”⁴⁹³. Llama la atención la última aseveración, puesto que precisamente la configuración racional de una decisión judicial incoada en el marco de criterios de evaluación de suficiencia de los enunciados fácticos y jurídicos busca, específicamente, desterrar cualquier noción subjetivista que esté instalada en la cabeza del juez. Más adelante desarrollaremos este punto.

En resumen, los problemas probatorios asociados a la determinación del hecho son los que más afectan a una correcta decisión judicial.

Por su parte, la premisa normativa (Y) está referida a las normas jurídicas aplicables al caso concreto y lo que se exige de ellas es que junto a que inconcusamente sean válidas, exista una adecuada selección e interpretación de las reglas jurídicas que se ajusten al supuesto de hecho requerido. Solo las normas jurídicas que son válidas en el sistema jurídico pueden ser ocupadas debidamente en el contexto de un razonamiento judicial. En este sentido, los vicios que se producen en la justificación de la aplicación correcta de la premisa normativa están referidos a infracciones de la ley en su errónea interpretación, problemas de subsunción a hipótesis no previstas en ella, aplicación equivocada de criterios e solución de antinomias o incorrección en la selección de las premisas normativas estrictamente aplicables, lo que en definitiva son cuestiones atinentes al discurso de la validez

Para describir con claridad los problemas integrados en el razonamiento lógico deductivo recurriremos a una resolución judicial vinculada a la concesión de una prisión preventiva donde se hace patente esta particular forma de aplicación formal del derecho. Se trata de un caso en que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 1.370-2009, argumenta lo siguiente:

“**Primero:** Que con el mérito de los antecedentes aportados en estrados, esta Corte estima que se encuentran suficientemente acreditados, por ahora, los presupuestos materiales de las letras a) y b)

⁴⁹² BAYTELMAN A., A. 2000. *op. cit.* p. 285.

⁴⁹³ *Ibid.* p. 285. Las cursivas son nuestras.

del artículo 140 del Código Procesal Penal, en la entidad que dicha disposición requiere, respecto del delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación.

Segundo: Que en razón de lo antes dicho particularmente a la penalidad asignada al mismo, es posible también tener por configurado el presupuesto de la letra c) del mismo texto legal, lo que hace necesario decretar la prisión preventiva del imputado, por constituir su libertad un peligro para la seguridad de la sociedad”.

La parte considerativa del fallo llevó a la Corte a revocar la resolución apelada y ordenar la prisión preventiva en contra del imputado. El razonamiento jurídico aplicado es el siguiente:

(i) P1: El peligro para la seguridad de la sociedad debe apreciarse según la gravedad de la pena asignada al delito

(ii) P2: A “Z” se le imputa el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, tipo penal que tiene asignada una pena de crimen.

(iii) C: La libertad de “Z” es un peligro para la seguridad de la sociedad.

Según lo que se desprende del fallo, teniéndose por suficientemente acreditados los supuestos materiales de la prisión preventiva (sin explicar de qué modo es que se verifican efectivamente dichos elementos), la Corte de Apelaciones realiza un análisis puramente formal de la necesidad de cautela, sin entrar en un examen sustantivo que suponga ponderar la suficiencia de los antecedentes invocados en relación con la puesta en peligro del riesgo procesal cautelado en el caso concreto. Lo que hace el tribunal superior de justicia es, en definitiva, volver a instalar una práctica característica del modelo inquisitivo a través del cual un análisis somero de los antecedentes que sea capaz de hacerlos subsumir en alguna de las causales legales de la necesidad cautela (sin detenerse en ponderar las complejidades particulares del caso) era suficiente para tener por acreditada los presupuestos normativos y aplicar automáticamente la prisión preventiva⁴⁹⁴. El procedimiento de decisión es consecuencia de la cultura jurídica imperante que primó en el sistema antiguo, el que en palabras de Baytelman: “(...) es particularmente recurrente encontrar en los sometimientos a proceso o en las acusaciones un mero listado de las actuaciones del expediente, tras el cual -sin ninguna fundamentación- se dan por probados los supuestos que ameritan dictar dichas resoluciones”⁴⁹⁵. Esta práctica habitual realizada por

⁴⁹⁴ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Diego Portales., pp. 56-57.

⁴⁹⁵ BAYTELMAN A., A. 2000. *op. cit.* p. 284.

nuestros órganos jurisdiccionales ha sido duramente criticada por los operadores jurídicos del sistema⁴⁹⁶.

Hechas estas consideraciones previas, el silogismo puede ser sintetizado como un problema de subsunción en que un supuesto de hecho se ajusta en una determinada norma para producir efectos jurídicos. El efecto jurídico es la conclusión que se afirma como lógicamente válida, la que se infiere necesariamente de las premisas normativas y fácticas aplicables al caso. Desde el prisma de la teoría de la argumentación jurídica, se ha definido el razonamiento lógico deductivo de la siguiente forma:

“Tenemos una *implicación* o una *inferencia lógica* o una *argumentación válida* (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera si las premisas son verdaderas”. (Quesada, 1985, p.9). La lógica, la lógica deductiva, puede presentarse en forma axiomática o como un sistema de reglas de inferencia⁴⁹⁷.

Dado los problemas que origina lo que hemos apuntado más arriba sobre calificar como verdaderos o falsos determinados enunciados que no poseen dicha propiedad, se ha intentado corregir adecuadamente la definición de una inferencia lógica, conceptualizándola como sigue:

“(…): Tenemos una *implicación* o una *inferencia lógica* o una *argumentación válida* (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (o bien, correctas, justas, válidas, etc.) si las premisas son verdaderas (o bien, correctas, justas, válidas, etc.)⁴⁹⁸.”

Si uno revisa el fallo recién transcrito, el ejercicio silogístico que realiza el juez no es otra cosa que una actividad mecánica consistente en subsumir o “adecuar las disposiciones legales que en

⁴⁹⁶ La Defensoría Penal Pública, en la opinión de su ex Defensor Nacional Georgy Schubert, ha expresado lo siguiente: “este error (conceder la prisión preventiva con argumentos formalistas) ha sido la regla que desde hace años se aplica a los chilenos más vulnerables, cuestión por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Chile el año pasado, a propósito de causas contra mapuches”. SCHUBERT, G. 2011. ¿Existen inocentes en las cárceles de Chile? Revista 93 de la Defensoría Penal Pública. Año 2 (Nº 6): p. 9.

⁴⁹⁷ ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 12. En el mismo sentido HEMPEL. C. 1987. La investigación científica: invención y contrastación. [en línea], Madrid, España. <http://www.edu.xunta.gal/centros/iesmanuelmurguia/system/files/C.G.%20Hempel.%20F%C2%AA.%20de%20la%20Ciencia%20Natural%20-%20Caps%20%203y4_0.PDF> [consulta: 27 septiembre 2017], p. 3. En otro de sus trabajos, Atienza define a un argumento lógico de la siguiente manera: “En una inferencia válida deductivamente -suele decirse-, si las premisas son verdaderas, entonces es también necesariamente verdadera la conclusión. Esa noción de argumento parece en principio aplicarse también a los diversos contextos jurídicos. Así, en el caso de la aplicación del Derecho, la decisión del juez -o, en general, del órgano aplicador- se acostumbra a presentar como el resultado de una operación lógica: a partir de una premisa mayor (la norma aplicable al caso) y de una premisa menor (los hechos considerados probados) se llega a la conclusión (el fallo). El esquema podría ser éste: siempre que se den las circunstancias X, debe ser la consecuencia jurídica Y; en el caso C se dan las circunstancias X; por lo tanto, en el caso C debe ser la consecuencia jurídica Y”. ATIENZA, M. 1996. *op. cit.* p. 232.

⁴⁹⁸ ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 16.

abstracto a prescrito el legislador a un caso concreto”⁴⁹⁹, el que por lo demás, se alza como la única y unívoca solución correcta para el caso en cuestión.

El origen del silogismo se encuentra en la etapa histórica decimonónica conocida como el Siglo de las Luces, cuyos promotores son representantes de la corriente racionalista⁵⁰⁰ en la que triunfó la omnipotencia del legislador y se dio pábulo a la Codificación liberal. La famosa frase acerca de que el juez no es más que la boca que pronuncia la ley y que las sentencias deben reproducir y corresponderse con el texto expreso de la ley se la debemos a Montesquieu, quien ve en la estructura silogística una forma de proteger la libertad política, reduciendo los espacios de discrecionalidad y arbitrariedad del juez a través de su estricta sujeción al imperio de la ley⁵⁰¹. Desde un punto de vista histórico, es interesante que esta concepción de la función judicial haya hundido sus raíces en la Ilustración, porque eso explica que en un inicio los filósofos ilustrados no estuvieran tan atraídos por el tema de la motivación de las decisiones judiciales y los problemas relativos al juicio de hecho, ocupando éste un lugar más bien secundario. Esto se debe precisamente a que la proyección que se tenía sobre la idea de juicio estaba ligada ineludiblemente a la noción de inferencia deductiva sustentada en el reino de la ley⁵⁰².

A pesar de que la observancia del principio de legalidad en un Estado de Derecho es una razón poderosa para poder explicar que este recurso judicial prevalezca hasta el día de hoy, son asiduas las críticas que de deslizan en contra de la aplicación mecanicista y autómatas del derecho, las que en la concepción de Ferrer, “tienen más que ver con su insuficiencia que con su inutilidad”⁵⁰³. Estas críticas pueden ser resumidas de la forma siguiente:

(i) La lógica deductiva es una condición necesaria pero no suficiente del razonamiento judicial. En efecto, una conclusión o argumento puede ser válido porque se deriva lógicamente de sus premisas, pero estas últimas pueden ser falsas. Al contrario, una conclusión o argumento puede ser inválido porque no se deriva lógicamente de sus premisas, a pesar de que éstas últimas sean verdaderas⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹ CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 66.

⁵⁰⁰ MASSINI, C. I. 1980. *op. cit.* p. 63.

⁵⁰¹ “[En estas condiciones el poder de juzgar] es, en cierto sentido, nulo [y los jueces no son] más que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor. (XI, VI)”. TROPER, M. 2003. *op. cit.* p. 213. Troper también nombra a otros autores de la época que perpetuaron esa concepción del ejercicio del poder judicial, entre los que se destacan a Beccaria, Clermont-Tonnerre, Kany, Condorcet, Robespierre, entre otros. *Ibid.* pp. 213-214. V.t. MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile., p. 85.

⁵⁰² Taruffo (citado por Accatino) propone esta tesis explicativa. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2003. *op. cit.* pp. 29-31.

⁵⁰³ FERRER, J. 2011. *op. cit.* pp. 94-95.

⁵⁰⁴ *Ibid.* p. 95; ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 13; GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* pp. 95-96; HEMPEL, C. 1987. *op. cit.* p. 3 (este último le llama “falacia de afirmación de consecuente”); ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2002. Notas sobre la

Es por ello que Manuel Atienza ha señalado que: “Un primer motivo de insatisfacción -por lo demás obvio- deriva precisamente de que la lógica deductiva sólo nos suministra criterios de corrección formales, pero se desentiende respecto de las cuestiones materiales o de contenido que, naturalmente, son relevantes cuando se argumenta en contextos que no sean los de la ciencias formales (lógica y matemática)”⁵⁰⁵. En efecto, la decisión judicial debe satisfacer los requisitos formales y materiales del razonamiento judicial. En otras palabras, que éste no solamente sea válido, sino también sólido⁵⁰⁶. En esto último la formulación de un estándar de prueba objetivo en sede cautelar puede contribuir dar una solución útil al contenido material de la decisión, teniendo en cuenta la posibilidad cierta de que el sistema judicial concede prisiones preventivas formalmente correctas, pero materialmente defectuosas, o deniegue prisiones preventivas formalmente defectuosas, pero materialmente correctas.

La insuficiencia de una decisión judicial que sea producto de una cadena de razonamiento lógico ha conducido a algunos intelectuales a plantear la distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*, y dentro de esta última, entre contexto de *justificación interna* y *justificación externa*. Al mismo tiempo, esta distinción cobró mayor importancia a través de la crítica del realismo norteamericano al estilo deductivo de la decisión, tema que abordaremos en el punto 2.1.2.4.1.

(ii) Se parte de premisas dadas, pero no se explica cómo es que se llegaron a esas premisas⁵⁰⁷. Del mismo modo, nada dice “sobre *cómo* pasar de las premisas a la conclusión, sino que únicamente da criterios sobre *si* un determinado paso está o no autorizado”⁵⁰⁸. A esto hay que sumarle que no es posible que una premisa este destinada a resolver únicamente un caso, o que para un caso haya siempre una misma solución. Esto significaría asumir que el sistema jurídico es completo y suficiente por sí mismo, con formas jurídicas preconcebidas que niegan cualquier posibilidad eventual de imprevisión o descuido del legislador al regular una determinada situación jurídica, lo que es indudablemente falso⁵⁰⁹.

(iii) Cuando se define la decisión como una conclusión necesariamente verdadera extraída de la relación interna entre sus premisas, deja al margen las inferencias en que el paso de las premisas a la conclusión “no tiene carácter necesario, aunque sea altamente plausible”⁵¹⁰. Este reparo es fundamental puesto que solamente el *modelo de probabilidad inductiva* -que es el modelo imperante en los distintos

aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial. Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XII: p. 21.

⁵⁰⁵ ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 13.

⁵⁰⁶ FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 95.

⁵⁰⁷ ATIENZA, M. 1996. *op. cit.* p. 233.

⁵⁰⁸ *Ibíd.* p. 233.

⁵⁰⁹ MASSINI, C. I. 1980. *op. cit.* pp. 69-70.

⁵¹⁰ ATIENZA, M. 1996. *op. cit.* p. 233.

sistemas procesales- puede establecer el grado de corroboración (o el alto, mediano o bajo grado de apoyo empírico) que aporta un elemento de prueba a la hipótesis de un determinado hecho, el que nada tiene que ver con un conocimiento de necesidad o certeza absoluta.

Esta objeción se ve reforzada con la idea de que el silogismo judicial pone su énfasis en la concepción formalista de la aplicación del derecho (desde la selección de las premisas normativas hasta la interpretación y aplicación de las mismas), no haciéndose cargo del problema sobre el juicio del hecho donde precisamente el derecho debe operar⁵¹¹. En el capítulo III nos referiremos a los problemas inherentes a la prueba en la fijación del hecho y al modelo de *probabilidad inductiva* aplicado al razonamiento probatorio del derecho.

(iv) Es de amplio conocimiento que en la actualidad el juez es algo más que la sola boca que pronuncia las palabras de la ley, noción que minimiza y subvalora su labor. La actividad judicial se ha alejado progresivamente de ser sólo una aplicación mecanicista del derecho, dando algunos espacios a que el órgano jurisdiccional proponga soluciones creativas en la resolución de un caso concreto (v.gr. colmando lagunas legales o resolviendo problemas de antinomias) sin que ello signifique la conculcación del principio de reserva de ley, como ocurriría, v. gr., si el tribunal resuelve *contra legem*. Los jueces todavía gozan de un margen acotado de discrecionalidad, y es deseable que así sea, en la medida que su función siempre está restringida por la supremacía de la ley, principio que impide que sus decisiones lleguen al extremo de ser irracionales o que reflejen su opinión personal. En este sentido, la discrecionalidad no siempre es sinónimo de arbitrariedad. En el complejo entramado que significa tomar una decisión, la sujeción a la omnipotencia del legislador significa que el juez junto con observar los requisitos formales que imponen los preceptos legales, deba también analizar si la respuesta judicial es materialmente coherente y consecuente con los valores del bien común, la justicia y la paz social que busca garantizar el ordenamiento jurídico y la Constitución⁵¹². Cabe destacar que tanto en la determinación de la *quaestio iuris*, v.gr., en la incertidumbre o vacío que genera una norma abierta e indeterminada, como en la *quaestio factis*, v.gr., en la valoración racional de la prueba dentro de un sistema libre, el juez ostenta algún grado o espacio de discrecionalidad⁵¹³.

⁵¹¹ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2002. *op. cit.* p. 10.

⁵¹² NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 33. En Taruffo se complementa esta idea: "(...) la presencia de actividades axiológicas en el razonamiento del juez determina la crisis radical del sofisma logicista, debido a que excluye la visión de dicho razonamiento como concatenación puramente lógica-deductiva". TARUFFO, M. 2006. *op. cit.* p. 225.

⁵¹³ Troper explica que cuando una norma establece un supuesto de hecho para un grupo de casos, debe determinarse antes si el caso que está sometido al conocimiento del juez corresponde a ese grupo de casos en que la norma es aplicable. Luego de esta decisión, debe determinarse además su significado. En este conjunto de pasos se reconoce un poder discrecional del juez. TROPER, M. 2003. *op. cit.* p. 216. En nuestra opinión, con el juicio de hecho ocurre lo mismo. Es decir, la libertad probatoria entrega un cierto grado de discrecionalidad al juez supeditado al uso de las reglas de la racionalidad científica, jurídica y probatoria para declarar probada un determinado aserción fáctica. A su turno, Juan Carlos Marín ilustra las facultades de

El automatismo judicial parece ser hoy incompatible frente a la demanda de un derecho que exige que la aplicación correcta de la ley lo sea tanto al tenor del texto legal específico como en su conformidad al uso de los principios, valores, bienes jurídicos y fines políticos-criminales que presiden el sistema jurídico penal en su totalidad⁵¹⁴. Si nosotros desplazamos este razonamiento al modo en que un Juez de Garantía o un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal resuelven la concesión o denegación de una prisión preventiva, podemos advertir que el ordenamiento en sí mismo propicia un rol más activo de los jueces, vale decir, que no solo se reduzca su función a verificar la concurrencia formal de los presupuestos normativos que impone el artículo 140 y siguientes del Código Procesal Penal, sino que también en su decisión se refleje la función valorativa o de *policy* a la cual deben hacer frente cuando tienen que decidir si el encierro preventivo o la libertad del imputado ven afectados la realización de los fines del procedimiento.

Ahora bien, en caso alguno esto significa afirmar que el juez no pueda hacer uso de las herramientas formalistas que el silogismo pueda brindar. Simplemente quiere decir que la decisión no puede ser únicamente la concreción del contenido de la ley en la conclusión de un silogismo^{515 516}. En los términos de Massini, este tipo de raciocinio tiene que ser instrumental a los fines que el ordenamiento en su conjunto persigue, no como algo que viene por añadidura, sino como algo que es innato a la función judicial⁵¹⁷ y de lo cual es imposible sustraerse. Por lo demás, esto es consistente con lo que señalábamos al principio en el apartado 2.1.2 de este capítulo sobre entender la finalidad del proceso como una particular forma de aplicar las reglas jurídicas que crea el Derecho, lo que es funcional al cumplimiento de su cometido final que es dirigir la conducta de los destinatarios de las normas jurídicas.

2.1.2.3.1. Modelo legal chileno de justificación de enunciados probatorios

discrecionalidad que se le reconocían al órgano jurisdiccional civil español en las llamadas “medidas cautelares indeterminadas” de fines del siglo XIX. MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* pp. 89-91.

⁵¹⁴ BAYTELMAN A., A. 2000. *op. cit.* pp. 294-295.

⁵¹⁵ TROPER, M. 2003. *op. cit.* p. 215.

⁵¹⁶ Las dificultades que genera las decisiones basadas en un modelo deductivo repercuten no solo en el caso chileno sino también en otros sistemas jurídicos. Rubén A. Chaia enumera algunos casos en que la Corte Suprema de la Nación Argentina invalida sentencias por defectos de motivación sustentada en la lógica formal: “a) cuando se omite el análisis de los elementos probatorios dirimientes para arribar a una adecuada solución; (...) d) Cuando se desconoce la entidad de las pruebas relevantes; (...) f) Cuando se omite ponderar las circunstancias que fundamentan la decisión”. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 180.

⁵¹⁷ MASSINI, C. I. 1980. *op. cit.* pp. 72, 81.

Explicadas las críticas al modelo silogístico de aplicación del Derecho que rige nuestra práctica judicial, ¿cuál es el modelo legal de justificación de la decisión judicial que estipuló el sistema procesal penal chileno?⁵¹⁸

La estructura de fundamentación de la sentencia que acogió Chile fue un *modelo legal analítico de fundamentación* que evitara, por una parte, que el derecho a la prueba y el derecho a la defensa de las partes no se vieran mermados si es que el juez no cumplía con su deber de justificar racionalmente su decisión sobre el juicio de hecho, en un contexto de libertad probatoria que propicia una tradición racionalista de la prueba (es decir, la valoración racional de la prueba⁵¹⁹ que contiene la valoración individual y global de la misma⁵²⁰), y por la otra, que el reconocimiento de las razones que esgrimen los jueces penales en sus sentencias hiciera efectivo el control interno y externo de la racionalidad de la decisión y de su conformidad a la ley⁵²¹.

El contenido de la fundamentación de los hechos probados que exige el modelo legal chileno en base a la concatenación de las reglas de los artículos 297 y 342 letra c) del Código Procesal Penal es un modelo extremadamente acucioso si es que se lo comprende acertadamente y se lo compara con la legislación extranjera⁵²². Y lo es porque “requiere una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y las razones que lo sustentan y de la cadena de inferencias que permite tener por justificadas las conclusiones probatorias”⁵²³ y su desestimación probatoria luego de su individualizada valoración. Es por ello que el legislador impulsó a que los tribunales de juicio oral en lo penal se hicieran cargo de *toda* la prueba producida para evitar los riesgos que puede generar la omisión de un análisis individualizado de las pruebas y contra pruebas disponibles que puedan confirmar o refutar las inferencias probatorias que se pueden extraer de ellas⁵²⁴. Como se colige de lo expresado, el modelo justificativo va más allá de dejar una simple constancia de los datos probatorios obtenidos de la audiencia oral, pública y contradictoria de juicio.

Su concepción está relacionada con el abandono progresivo de un sistema de prueba legal tasado que buscaba la reconstrucción de una verdad histórica de la mano de los apremios ilegítimos y de un nivel de conocimiento de certeza absoluta en la realización del hecho punible y la participación

⁵¹⁸ En este parte solo adelantaremos lo que se será analizado en forma detallada en el capítulo III.

⁵¹⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. *op. cit.* p. 10; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 1.

⁵²⁰ Esto es decidirse en favor de un modelo *atomista* de fundamentación de las premisas fácticas por sobre un modelo *holista*. Volveremos sobre este asunto en el capítulo III.

⁵²¹ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. *op. cit.* p. 21. La autora compara esta situación con la realidad española, alemana o argentina que solo exigen a nivel legal la mera enunciación de los hechos que se tienen por probados sin existir claridad acerca del contenido de dicha justificación.

⁵²² ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 3.

⁵²³ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. *op. cit.* p. 13.

⁵²⁴ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* pp. 4-5.

culpable del imputado difícilmente alcanzable⁵²⁵. También se aleja de un sistema irracional de íntima convicción, carente de control y en el que prevaleció una interpretación puramente subjetiva de la prueba y del estándar de convicción a lo largo del siglo XIX y XX en Chile. Hoy, la doctrina nacional y comparada ha avanzado paulatinamente hacia un sistema probatorio donde puedan prevalecer los criterios de la racionalidad epistémica.

La obligación del juez de motivar de manera individualizada la valoración de cada uno de los medios de prueba y las cadenas de inferencias probatorias que se derivan de ellas, para que posteriormente puedan integrarse en un relato global de los hechos que sea suficientemente justificado, da cuenta del carácter *relacional* de la justificación al que aludimos inicialmente. Esto explica que la parte final del inciso tercero del artículo 297 de la legislación procesal penal establezca: “*Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia*”⁵²⁶. Lo que se busca con este *modelo analítico de fundamentación* es que cualquier persona que se vea enfrentada a la lectura de la sentencia “pueda reconstruir el camino entre las premisas del razonamiento probatorio (los elementos probatorios obtenidos de la valoración individual de las pruebas) y las conclusiones probatorias”⁵²⁷.

En la interpretación de Taruffo, una decisión debidamente fundamentada sobre el juicio de hecho es aquella en cuyo razonamiento permite atribuir un peso probatorio, análisis diferenciado y eficacia determinada a cada medio de prueba, que permite establecer cadenas lógicas de inferencias probatorias entrelazadas con una conclusión probatoria y una determinada hipótesis sobre un hecho. Esta valoración individual permite también establecer los criterios de racionalidad para justificar una valoración global o conjunta de cada uno de los elementos probatorios⁵²⁸. Si uno analiza cuidadosamente la visión de Taruffo puede inferirse que es la misma que sigue nuestro *modelo legal analítico de justificación* de los enunciados probatorios y que prioriza un modelo *atomista* de fundamentación por sobre un modelo *holista* o narrativo de justificación, a pesar de que la práctica judicial no siempre se condice con esto⁵²⁹.

No obstante lo anterior, el problema que subyace al modelo descrito y a cualquier otro que esté afinado en criterios de racionalidad epistemológica, es que no necesariamente contiene indicaciones o guías que nos permitan saber bajo qué condiciones la prueba sobre una determinado hipótesis fáctica

⁵²⁵ RIEGO RAMÍREZ, C. 2003. Nuevo estándar de convicción. Centro de investigaciones jurídicas Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales 17 (N° 5): pp. 5-8; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* pp. 93-94.

⁵²⁶ COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* pp. 32-33.

⁵²⁷ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. *op. cit.* p. 16.

⁵²⁸ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 436.

⁵²⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. *op. cit.* p. 21.

está suficientemente justificada. Es precisamente en este vacío normativo donde interviene los aportes del Derecho y las diversas consideraciones de *policy* que proveen distintos argumentos para la construcción de *reglas de estándar de prueba* que efectivamente nos permitan identificar el umbral mínimo de suficiencia probatoria para concluir que una determinada hipótesis está probada o es aceptable⁵³⁰. Para responder a esto, nuestra legislación incorporó en el artículo 340 del Código Procesal Penal, el estándar de más allá de toda duda razonable, con las múltiples críticas y reparos que este conllevaba y mantiene hasta el día de hoy⁵³¹. La pregunta que nosotros nos proponemos responder es saber si nuestra regulación legal hizo lo mismo o no al establecer un umbral de suficiencia probatoria en la justificación de la hipótesis de una medida cautelar personal como es la prisión preventiva. La interrogante se vuelve más compleja de responder si identificamos un escollo adicional, y es que el *modelo analítico de fundamentación* explicado está pensado, en principio, en la estructura coherente de una sentencia definitiva, pero no en la estructura coherente de una resolución judicial que se pronuncie sobre una medida cautelar.

Este inconveniente no es menor, si consideramos que la regulación legal que dispone el Párrafo 4° del Título V del Libro 1° no contiene ninguna norma de fundamentación que se le parezca a las enunciadas precedentemente, más allá de los requisitos formales que especifica el artículo 140 del Código Procesal Penal para ordenar la prisión preventiva o la del artículo 143 del mismo texto legal que dispone la exigencia de dictar una resolución fundada. En cualquier caso, ninguna de esas reglas se pronuncia sobre los parámetros objetivos y los criterios de racionalidad que debe cumplir dicha decisión cautelar. Un sistema procesal coherente diría que a falta de una estructura normativa de fundamentación de la medida cautelar, el *modelo analítico de fundamentación* debería expandirse también hacia ese tipo de resoluciones si es que quiere ser consecuente con sus postulados.

Lo cierto es que para aproximarnos a responder esa pregunta ya sabemos algo, y es que la *concepción silogística* asentada en nuestra práctica procesal ha impedido que el contenido inserto en el *modelo legal analítico de fundamentación* pueda verse reflejado en nuestras sentencias, y con mayor razón, en la decisión sobre la medida cautelar más gravosa del sistema penal. A esto sin duda hay que agregarle lo dicho en la sección 2.1.2. de este segundo capítulo -y que puntualizaremos a continuación- sobre el problema enquistado en la judicatura chilena la cual sigue anclada en una concepción profundamente subjetiva e irracional tanto de la prueba como de los criterios de evaluación de suficiencia probatoria de las aserciones fácticas, además de la necesidad imperiosa de contar con modelo general de racionalidad probatoria en el que puedan distinguirse y apreciarse los criterios

⁵³⁰ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 6.

⁵³¹ Algunas de estas críticas serán abordadas sintéticamente en el último capítulo.

objetivos de racionalidad epistémica en la corrección del juicio de hecho⁵³². De hecho, varios autores han llamado la atención sobre la necesidad de que los jueces tengan conocimientos extrajurídicos para que el resultado probatorio de sus decisiones pueda ser consistente con un proceso epistemológico⁵³³.

En cuanto a la aplicación del derecho sobre el juicio de hecho, hemos dicho que el juez aún conserva un espacio reducido de discrecionalidad en cuanto es él quien selecciona las normas jurídicas aplicables, las interpreta y luego las aplica -siempre que lo haga conforme a la ley-, sin embargo, no goza de la misma autonomía cuando se le obliga a ofrecer las razones de *cómo* y *por qué* seleccionó, interpretó y aplicó dichos preceptos legales. Es decir, sigue quedando pendiente el problema de especificar los supuestos bajos los cuales se puede llegar a concluir que la selección, interpretación y aplicación de las premisas normativas están suficientemente justificadas. Con todo, es posible reconocer que en la legislación procesal penal vigente las partes tienen a lo menos un mecanismo de control sobre esto, toda vez que el recurso de nulidad contempla una hipótesis para impugnar la sentencia definitiva cuando los jueces del fondo hubieren hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo⁵³⁴, y en el caso de la prisión preventiva, les queda a salvo el recurso de apelación establecido en el artículo 149 del Código Procesal Penal o en su defecto, la acción de hábeas corpus constitucional establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

En definitiva, nuestro sistema procesal penal en su conjunto debe aspirar a cumplir con el modelo legal de justificación de los enunciados probatorios que se ha dado a sí mismo, lo que no es otra cosa que cumplir con la ley. No sin razón la Corte Suprema en reiterados fallos ha declarado lo siguiente:

“SÉPTIMO: Que sin embargo, tal conclusión no resulta aceptable para este tribunal, ya que ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración”⁵³⁵.

⁵³² ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 2.

⁵³³ NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 60.

⁵³⁴ Artículo 373 letra b) Código Procesal Penal. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000.

⁵³⁵ SCS: Rol N° 19.990-2016. [19 de mayo de 2016]. Este mismo considerando ha sido transcrito en los siguientes fallos: SCS: Rol N° 8.152-2016. [04 de abril de 2016]; SCS: Rol N° 17.552-2016. [25 de abril de 2016]; SCS: Rol N° 17.098. [09 de mayo de 2016].

2.1.2.4. Concepción psicologista de la motivación

En la audiencia cautelar sobre prisión preventiva descrita en el punto 2.1.1. transcribimos expresiones lingüísticas del tipo “*es raro*”, “*es extraño*”, “*curioso*”, para graficar algo que se encuentra instalado en la psiquis de los jueces penales (y en la de cualquier persona natural) pero que no siempre se verbaliza al momento de posicionarse frente a la toma de una decisión judicial. Dichas voces constituyen una manifestación notable de la *concepción psicologista* que está enraizada en los tribunales chilenos.

Cuando nos decidimos adherir a una *concepción racionalista* de la motivación, adelantábamos que lo que nos interesaba no era explicar las causas o motivos de una decisión, sino ofrecer las razones que la justificaban como plausible. La primera idea es relativa a una *concepción psicologista*, que está más preocupada por describir la secuencia o el iter lógico-jurídico que siguió el juez en la determinación de la *questio facti* o *questio iuris*, que en responder a la necesidad jurídica de que las partes puedan y sean capaces de extraer algo significativo del razonamiento justificativo empleado en la decisión. En efecto, la justificación de la decisión judicial junto con hacer a éste reconocible y aceptable para las partes, cumple también una suerte de efecto “moralizante”⁵³⁶. No obstante esto, a pesar de que la comprensión de los motivos que tuvo en cuenta un juez no es lo esencial (a lo más nos conducirá a identificar las causas concretas de porqué un juez decidió lo que decidió, sin perjuicio de que en sentido estricto nunca podríamos corroborar si esa creencia fue la que efectivamente llevó a decidir lo que se decidió) a menudo lo único que uno encuentra en la resolución judicial es un discurso descriptivo de la secuencia lógica seguida por el juez para declarar la culpabilidad o inocencia de un acusado, o en el tema que estudiamos, conceder o denegar la prisión preventiva de un imputado.

En cualquier caso, lo que no es lícito ni permitido defender, es una concepción de la motivación como un ejercicio que consista en “dar *a posteriori* apariencia de proceso consciente al de adopción de una decisión tomada -previamente- de forma emotiva o inconsciente”⁵³⁷. Este modo de entender la motivación hunde sus raíces en la escuela del realismo jurídico, especialmente el norteamericano⁵³⁸. Se trata de una corriente de pensamiento que sustentada en argumentos teóricos y empíricos criticó el modelo lógico deductivo de la decisión por no constituir una fiel representación de la actividad judicial, en general, y del razonamiento decisorio, en particular, ocultando con ello las

⁵³⁶ COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 31.

⁵³⁷ IBÁÑEZ, P. 1994. *op. cit.* p. 87. En todo caso, Atienza ya había criticado a Perfecto Ibáñez sobre que racionalizar *a posteriori* una decisión previamente tomada no es, en estricto sentido, motivar. ATIENZA, M. 1994. *op. cit.* p. 83.

⁵³⁸ FERRER, J. 2011. *op. cit.* pp. 89-90.

verdaderas valoraciones y elecciones que determinaban el resultado premeditado de la decisión sobre el hecho y el derecho⁵³⁹. La crítica del realismo se desplegó especialmente en contra de la premisa fáctica del silogismo judicial, que estaba fundada -realmente- en las creencias del fuero interno del juez, condicionando la averiguación de los hechos a la “forma inicial de una ‘corazonada’ [hunch] (Hutcheson, 1929: 278), ‘una reacción intuitiva compuesta’ o ‘un *gestalt* no analizable’ (Frank, 1951: 91-2), determinada por factores ligados a la psicología o a la personalidad de cada juez individual”⁵⁴⁰.

El reproche teórico que formulaba el realismo norteamericano se vinculaba con intentar disfrazar a la concepción formalista como una adecuada teoría descriptiva del procedimiento decisorio, en circunstancias que los motivos reales que estaban detrás de la decisión judicial eran aparentemente modelados mediante un “razonamiento hacia atrás”, en el que la definición por parte del juez de la solución deseable frente a los hechos del caso precede y condiciona las elecciones del juez entre las alternativas que los materiales de derecho positivo y los métodos aceptados de interpretación dejaban abiertas”⁵⁴¹. En otras palabras, afirmar un razonamiento *a posteriori* es negarse a la posibilidad de que los jueces justifiquen su decisión. Un fragmento de la obra de Frank puede sintetizar el pensamiento realista: “(...) *Pero (como hemos sido informados por eminentes jueces de esta clase) un juez al dar forma a su explicación con frecuencia trabaja hacia atrás; comienza con la decisión que (...) estima prudente o justa. Luego determina los hechos de tal modo que, subsumidos bajo una norma jurídica aceptada, hacen aparecer esa decisión como lógica y jurídicamente fundada (1951: 92)*”⁵⁴².

Dicho lo anterior, cuando hablamos de una *concepción psicologista* o irracionalista, hablamos entonces de la subjetividad connatural que está presente en la decisión del juez. En esta subjetividad se encuentran las efectivas causas que condujeron al juez a concluir una determinada hipótesis, y dentro de estos factores encontramos los prejuicios, sesgos, creencias, intuiciones, estados de ánimo, ideologías, valores, contexto jurídico-social, entre otras⁵⁴³. Es decir, situaciones que se perciben en el mundo y se describen como enunciados lingüísticos que simplemente ocurren, los cuales a veces pueden tener explicación, pero en caso alguno se pueden justificar⁵⁴⁴ (más aún si incluimos aquellas

⁵³⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2002. *op. cit.* p. 11.

⁵⁴⁰ *Ibíd.* p. 14.

⁵⁴¹ *Ibíd.* p. 15; ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 7.

⁵⁴² ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2002. *op. cit.* p. 16. Conforme lo explica la profesora Accatino, a pesar de las fuertes críticas en contra de este estilo de motivación, Frank igualmente defendió el valor intrínseco de la fundamentación sugiriendo que se hicieran públicas las creencias de los jueces en torno a la ocurrencia de los hechos.

⁵⁴³ Andrés Baytelman define la subjetividad como “el conjunto de creencias, prejuicios, convicciones, valores, supersticiones o afectos que forman parte de la interioridad de todo individuo y que, teniendo derecho a detentarlas y arreglar su vida conforme a ellas, configuran sin embargo un fuero interno no necesariamente compartido por el resto de la comunidad”. BAYTELMAN A., A. 2000. *op. cit.* p. 285.

⁵⁴⁴ FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 80.

versiones más extremas del subjetivismo que estiman estéril formular los factores causales⁵⁴⁵). Es por ello que cuando significamos antes a la motivación como un discurso justificativo, la caracterizamos como algo totalmente contrario, vale decir, como un mecanismo que corresponde al ámbito de lo normativo y no de lo descriptivo. La preocupación que genera constatar la divergencia entre las razones declaradas en la fundamentación y las razones reales de la decisión, ha llevado a algunos autores a pensar un modelo de argumentación jurídica que conjure las creencias internas, o en su defecto, reste valor a la fuerza de los prejuicios en la motivación de las decisiones⁵⁴⁶.

Los peligros derivados de una noción subjetivista de decisión judicial están íntimamente relacionados con una errónea concepción de la apreciación libre de la prueba, que a la vez se ve emparentada -y confundida- con los orígenes de la íntima convicción, poniendo en entredicho la función justificativa de las decisiones judiciales para con las partes y la sociedad en su conjunto⁵⁴⁷.

Es importante hacer hincapié en que lo que se dice de la fundamentación psicológica de las decisiones en sede penal también se predica en sede civil. Michele Taruffo se hace cargo de esta imperfección al analizar la noción de motivación en el contexto de la estructura de la sentencia en el cual se encuentra inserta. El autor llama “razones reales” a los factores causales que condujeron a la elección final del juez, diferenciándolas de los “motivos expresos” declarados en la decisión misma, los que no tienden a coincidir necesariamente⁵⁴⁸. Este conjunto de actividades psicológicas inherentes al estado mental del juez no pueden concebirse como una motivación auténtica, entre otras cosas, porque en la psiquis del juez se incluyen un conjunto de estímulos inconscientes o impresiones iniciales no susceptibles de valorar y controlar. La tesis del autor preconiza que aun no existiendo esta imposibilidad teórica, si aceptáramos la motivación como una suerte de despliegue psíquico de enunciados que están en la mente del juez lo único que obtendríamos es un procedimiento de explicación de la decisión final, pero no una justificación *per se*⁵⁴⁹. Desde el punto de vista de Taruffo, no hay necesidad de negar la presencia de factores internos o de naturaleza axiológica que se ven envueltos en la toma de una decisión, pero es menester reconocer que estos devienen en irrelevantes si

⁵⁴⁵ De la Oliva estima que es poco razonable pedir que los factores causales de la decisión sobre los hechos se expresen, dado que estos, dice el autor, “pertenece[n] a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable”. FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 30; FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 92.

⁵⁴⁶ Atienza, por ejemplo, se refiere al modelo de *información integrada* de Kaplan. ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* pp. 5-6.

⁵⁴⁷ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. *op. cit.* pp. 18-20; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* pp. 97-98. No por nada autores nacionales como Coloma ponían en duda la incorporación de la exigencia legal del artículo 297 del Código Procesal Penal de fundamentar la valoración de la prueba con miras a permitir la reproducción del razonamiento utilizado por los jueces del fondo, arguyendo lo distorsionador que podría llegar a ser conocer cómo es que, en los hechos, el tribunal decidió su resolución, y no poniendo el enfoque y estándar de cuidado en cómo es que se justifica la decisión de su resolución. COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 32.

⁵⁴⁸ TARUFFO, M. 2006. *op. cit.* p. 238.

⁵⁴⁹ *Ibid.* p. 110.

se tiene en cuenta que el significado de la motivación solo adquiere sentido en la dimensión justificatoria de los discursos argumentativos⁵⁵⁰.

Con todo, y a pesar de los inconvenientes metodológicos que una posición irracionalista produce en la motivación, igualmente se ha transformado en un punto de discusión determinar las ventajas o desventajas de los requerimientos que persiguen materializar explícitamente las razones psicológicas efectivas que produjeron la resolución. Por ejemplo, el mismo Taruffo en algunos fragmentos de su obra, abre el espacio a examinar la posibilidad o imposibilidad teórica de racionalizar las impresiones personales o los juicios de valor de un juez, deteniéndose en reflexionar sobre alguna forma o instrumento de control sobre los mismos⁵⁵¹. En su línea de pensamiento, hay que avanzar hacia una derogación de la argumentación silogística teniendo presente el influjo decisivo que tiene, sobre todo en materia de constitucional, las elecciones valorativas en la decisión: “Racionalidad de la motivación significa entonces que ésta debe dar cuenta de los juicios de valor implícitos en el discurso del juez, de manera tal que éstos resulten fundados en sí mismos y discutibles desde el exterior. Justamente se observa al respecto que la motivación es racional no en la medida en la que elimina o disimula las elecciones valorativas, sino en tanto que las expresa y las justifica”⁵⁵².

Por el contrario, otros sectores de la doctrina como Jordi Nieva, admitiendo la propiedad inescindible de las convicciones personales en los seres humanos, apoyan la idea de que los jueces tienen la capacidad de separarse de ellas cuando se trata de posicionarse sobre la resolución del *dubium* en la actividad judicial⁵⁵³. En su opinión, si es que existe alguna ideología que el juez debiera necesariamente tomar en cuenta, son las influencias ideológicas que rigen los preceptos del ordenamiento de referencia⁵⁵⁴. Ahora bien, según Nieva, no estaría de más aludir “en las resoluciones judiciales a este elemento [el autor se refiere al elemento ideológico], no para expresar sus convicciones personales, que son íntimas y privadas, sino simplemente para que el juez sea consciente de su auténtica influencia en el juicio jurisdiccional”⁵⁵⁵. En Chile, Luis Avilés sostiene una posición similar en cuanto a que el juez está obligado a dar razones lógicas de sus decisiones a través de una

⁵⁵⁰ *Ibíd.* p. 113.

⁵⁵¹ *Ibíd.* pp. 125-126.

⁵⁵² *Ibíd.* p. 264.

⁵⁵³ Algunos autores no siempre coinciden en esto, v.gr., Ferrajoli, para quien por mucho que el juez se esfuerce en desplazar sus convicciones o inclinaciones personales, siempre la decisión judicial está compuesta por “una cierta dosis de prejuicios”. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* pp. 56-57.

⁵⁵⁴ NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 31. En contra de que los jueces muestren sus propias preferencias ideológicas o axiológicas, véase TROPER, M. 2003. *op. cit.* p. 212.

⁵⁵⁵ NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 32. El paréntesis en corchetes es nuestro.

concatenación de inferencias probatorias sobre la decisión de los hechos las cuales deben estar, a juicio del autor, “desprovistas de todo ‘juicio de valor’”⁵⁵⁶.

Para terminar este apartado formularemos algunas críticas que implícitamente están diseminadas en los párrafos anteriores. Una de ellas es que conceptualizar la fundamentación como un conjunto de creencias e intuiciones radicadas en la psiquis del juez escapa a cualquier criterio de control y contrastación racional de las mismas. Siguiendo lo postulado por Ferrer, consideramos que una creencia es algo que se encuentra inherente en el estado mental de todo ser humano y que va evolucionado a través de los distintos momentos de la historia personal que a éste le toca vivir, mediante las influencias de los contextos sociales, políticos y culturales, de modo tal que acceder a ellas es una cuestión sumamente intrincada y compleja de realizar. En este sentido, Ferrer señala que “las creencias son algo que nos sucede, son sucesos involuntarios que ocurren en nuestra mente”⁵⁵⁷. El que contengan un matiz que no es volitivo, explicaría que las creencias no admitan una justificación racional, la que no se condice con su naturaleza. En efecto, si ya es arduamente difícil lograr que éstas se puedan explicar en forma razonable en la vida cotidiana, con mayor razón lo será intentar justificarlas coherentemente en el contexto de un proceso judicial.

Se agrega a esto que aun si admitiéramos la posibilidad de que la decisión de un conflicto jurídico se satisficiera con la simple intuición o impulso no deliberado que tuviera un juez sobre el acaecimiento de un hecho, no hay esquema racional con el cual pudiéramos cotejar que la decisión obedece con exactitud al elemento subjetivo conforme a la cual se tomó una determinación, al cual -por lo demás- nunca podremos aproximarnos en su totalidad. Si el objetivo de la motivación en tanto discurso argumentativo es obtener la corrección del juicio emitido, este difícilmente podrá ser realizado en forma seria si consideramos que la información sujeta a corrección se extrae de un proceso interno e inasequible del agente judicial, información que por pertenecer al ámbito de lo inefable, es parcial, poco fiable y de baja calidad. A decir verdad, ninguna parte en un procedimiento y ningún tribunal superior podrían sensatamente proceder a calificar u objetar con éxito la esfera privada en la cual se resguardan las creencias de un juez⁵⁵⁸.

Quizás la única convicción subjetiva que genera algunas dudas respecto de lo esbozado y que eventualmente podría llegar a examinarse la posibilidad de su verificación y control, son las

⁵⁵⁶ AVILÉS, L. 2004. *op. cit.* p. 182.

⁵⁵⁷ FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 91; FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 95.

⁵⁵⁸ De hecho, si la concepción subjetivista de la motivación fuera consistente con sus postulados, cada vez que una decisión judicial fuera controlada vía algún mecanismo de impugnación legal, esta solo podría ser revocada por los tribunales superiores de justicia porque han llegado a un estado mental de convencimiento (o creencia) diferente de la decisión, razón por lo cual, afirma Ferrer, “su convicción ‘vale más’ por efecto de la jerarquía entre órganos”. Un esquema estructurado de esa manera sería francamente irrisorio. FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 75.

preferencias ideológicas del órgano jurisdiccional acerca del proceso, siempre que se obligara a los jueces a exteriorizarlas en la resolución judicial y que mediante este mecanismo se lograra consignar que las posiciones teóricas sustentadas se apartan ostensiblemente de las directrices generales que el propio ordenamiento procesal ha escogido para su funcionamiento. Es una alternativa que desde luego requiere una reflexión jurídica más detenida para ser llevada a cabo.

Todo lo desarrollado anteriormente nos lleva a concluir la necesidad de buscar herramientas jurídicas que puedan estimular a los operadores jurídicos del sistema a que adopten una *concepción racionalista* de la motivación. Un estándar de prueba parece ser una solución creativa.

2.1.2.4.1. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación

Para finalizar este análisis integral de la forma en que los jueces chilenos resuelven la prisión preventiva, repasaremos una interesante distinción que fue enunciada implícitamente en algunos fragmentos de los subcapítulos precedentes. Una descripción sintetizada de esta distinción nos encamina en el objetivo de esclarecer el punto esencial de esta memoria, que consiste en identificar que el problema de las resoluciones judiciales que se dictan en torno a la prisión preventiva no solo estriba en los defectos de motivación de la misma, sino que también en el insuficiente diseño normativo de las reglas que regulan esta medida cautelar personal, las que solo están pensadas en orden a justificar *formalmente* la concesión o denegación de modalidad de coerción procesal, pero no aluden en ninguna parte a las condiciones que deben cumplirse para concluir que esa justificación está suficientemente justificada, es decir, *materialmente* fundamentada. En efecto, el principal problema que debe resolver nuestro sistema procesal está dado por la omisión de un conjunto de reglas que nos permitan afirmar que la conclusión sobre una medida cautelar está suficientemente justificada, tanto desde las condiciones formales que deben satisfacerse como de aquellas condiciones sustantivas que deben observarse.

Para desentrañar y dar una solución a este intrincado problema jurídico recurriremos a una distinción que nos brinda la dogmática jurídica; ciencia de estudio que se encarga de investigar y reflexionar críticamente acerca de las reglas establecidas en el Derecho vigente y del razonamiento en el ámbito de los discursos jurídicos⁵⁵⁹. Las funciones que cumple la dogmática jurídica son las siguientes: “1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que

⁵⁵⁹ Una definición íntegra de la dogmática jurídica es la proferida por Robert Alexy: “Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refiere a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y se discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (s) tienen contenido normativo”. ALEXY, R. 2007a. *op. cit.* p. 246.

ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico”⁵⁶⁰. Es precisamente sobre estas tres funciones que la distinción que estudiaremos cumple un papel fundamental, sobre todo a la hora de elaborar propuestas normativas para la solución de casos problemáticos.

Existen dos momentos que integrarían el proceso de decisión, conocidos comúnmente⁵⁶¹ como el *contexto de descubrimiento* y el *contexto de justificación*⁵⁶². El primero se refiere al modo real en que la conclusión es alcanzada (cuestión que latamente desarrollamos en el acápite anterior sobre la *concepción psicologista*); el segundo se refiere a la forma en que dicha conclusión puede ser justificada. Esta última se subclasifica a su vez entre *justificación interna* y *justificación externa*. Ambos se refieren a dos aspectos divergentes del discurso justificativo en que se ve enfrascada la motivación.

El recurso a la distinción propuesta constituye un punto de partida tomado desde las teorías de la argumentación jurídica. Su desarrollo se lo debemos a Jerzy Wróblewski, a pesar de que su origen exacto se remonta al año 1951 proveniente de las teorías científicas desarrolladas en el ámbito de la filosofía de la ciencia a través del notable aporte del filósofo Reichenbach⁵⁶³. Simplificando la distinción en el ámbito de la epistemología general, el contexto de descubrimiento dice relación con la formulación de hipótesis nuevas, en cambio, el contexto de justificación dice relación con la verificación o demostración de las mismas⁵⁶⁴.

En Wróblewski se encuentran las bases teóricas de lo que adelantábamos en las páginas anteriores. Para el autor “si una decisión legal está internamente justificada decimos que es una

⁵⁶⁰ ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 2.

⁵⁶¹ El enunciado lingüístico o terminología ha ido evolucionando durante el siglo XX. Por ejemplo, Taruffo en su obra “*La motivación de la sentencia civil*” clasifica a la justificación en una *justificación de primer grado (interna, primaria)* y *justificación de segundo grado (externa, secundaria)*. La primera, “planteadas determinadas alternativas y determinadas reglas de elección, presenta a una de las alternativas como la ‘mejor’ o la ‘más fundada’ con base en tales reglas”; la segunda, “dirigida a presentar como ‘justa’ o ‘fundada’ la asunción de las reglas utilizadas para realizar dicha elección”. TARUFFO, M. 2006. *op. cit.* pp. 245-246. Atienza, por su parte, hace aplicable el esquema de la justificación interna a los *casos fáciles*, y el esquema de la justificación externa a los *casos difíciles*. ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 25. Accatino también se refiere a la mutación que ha tenido el recurso a esta distinción en otras áreas de las ciencias sociales. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2002. *op. cit.* pp. 20-21. Otros como Ferrajoli han ocupado la misma proposición lingüística para referirse a tópicos diferentes, llamando *legitimación interna o en sentido estricto* a los principios normativos del Derecho penal, y *legitimación externa o justificación* para aludir a los principios extrajurídicos legitimadores del *ius puniendi*. En la misma obra el autor cita a Hart para distinguir un *punto de vista interno* y *punto de vista externo*. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 213.

⁵⁶² Según Marina Gascón, el razonamiento probatorio de tipo abductivo se enlaza con el contexto de descubrimiento, en cambio, el razonamiento probatorio de tipo deductivo e inductivo se enlaza con el contexto de justificación. Volveremos sobre estos tipos de razonamientos en el capítulo III. GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. *¿Lógica del descubrimiento para la prueba?* En: GARCÍA AMADO, J. y BONORINO, P. (coordinadores). *Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción*. Granada, España. Editorial Comares., p. 153.

⁵⁶³ NETTEL, A. 1996. La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad judicial. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho* (Nº5): p. 109; ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 4; GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. *op. cit.* pp. 149, 156.

⁵⁶⁴ GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. *op. cit.* p. 158.

decisión internamente racional porque explicita las razones para esta decisión. Si una decisión está externamente justificada se trata de una decisión externamente racional porque se basa en buenas razones, es decir, en razones aceptadas por la crítica”⁵⁶⁵. Es respecto del segundo tipo de justificación al que el autor le dedica mayor énfasis, designándola como una justificación *sensu stricto* “(JS-justificación)”⁵⁶⁶. El autor discrimina claramente, al igual como lo hicimos en la sección 2.1.2. y 2.1.2.3., el momento psicológico que conlleva el proceso de toma de decisión, y el momento de racionalización que conlleva el proceso de justificación de la misma, sin excluir la posibilidad remota de que la justificación pueda ajustarse al proceso interno de toma de decisión, aunque esto no siempre ocurra⁵⁶⁷. Esta última conclusión ha sido manifestada también por Taruffo al argüir que entre un procedimiento y otro existe una relación asimétrica, en el sentido de que los elementos del procedimiento de descubrimiento no determinan necesariamente los del procedimiento de justificación⁵⁶⁸. En efecto, satisfacer los presupuestos de una justificación interna deja siempre pendiente el cumplimiento de los presupuestos de una justificación externa, sin perjuicio de que en este punto no hay una opinión dominante⁵⁶⁹.

Wróbleski al mismo tiempo advierte los errores que se suscitan al no diferenciar con nitidez estos dos contextos. Para ello, citaremos un fragmento de su obra: “Primero, se afirma que todo proceso de toma de decisión es intuitivo, irracional, puramente valorativo, etc., y, por tanto, toda justificación es pura “racionalización” o -simple y llanamente- “mistificación” hecha con fines ideológicos. En segundo lugar, se afirma que la decisión legal es el resultado de un “razonamiento deductivo” que se corresponde con alguna de las formas típicas de su justificación. Ambas aseveraciones son defectuosas porque tratan el proceso de toma de decisión como algo exclusivamente irracional (la primera) o como exclusivamente lógico (la segunda) (...). Ambas afirmaciones son incorrectas porque no separan clara y bastante consistentemente la descripción del proceso, la descripción de los argumentos justificativos, las funciones y/o postulados de la decisión justificada”^{570 571}.

⁵⁶⁵ WRÓBLEWSKI, J. 1985. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, España. Editorial Civitas., p. 59. En el mismo sentido, véase TARUFFO, M. 2006. *op. cit.* p. 113.

⁵⁶⁶ WRÓBLEWSKI, J. 1985. *op. cit.* p. 58.

⁵⁶⁷ *Ibid.* p. 60.

⁵⁶⁸ TARUFFO, M. 2006. *op. cit.* p. 124.

⁵⁶⁹ Alexy, v.gr., a contrario sensu, considera que las cuestiones que afectan al proceso de justificación sí trascienden en el proceso de descubrimiento. ALEXY, R. 2007a. *op. cit.* p. 221.

⁵⁷⁰ WRÓBLEWSKI, J. 1985. *op. cit.* pp. 60-61.

⁵⁷¹ Según Accatino, las críticas dirigidas en contra del realismo jurídico norteamericano no tenían asidero toda vez que la confusión que se le atribuye haber incurrido a esta escuela de pensamiento (la de no reconocer y discriminar las divergencias entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación en el razonamiento judicial) no era tal. Wasserstrom denunciaba los peligros de esta inadvertencia del realismo en la formulación de su crítica, aduciendo que las denuncias contra el modelo silogístico de decisión era insuficiente y solo aplicable al proceso de descubrimiento, pero no alcanzaban al de justificación. La contracrítica a esto, defendida por Accatino, es que las omisiones que se le atribuyen al realismo son innecesarias, principalmente porque “(...) al concebir la fundamentación públicamente ofrecida de las decisiones judiciales

Esta diferenciación ha sido dilucidada de forma inteligible por los teóricos de la argumentación jurídica, sobre todo en lo referido a la clasificación entre la justificación interna y la justificación externa. De hecho, el desarrollo de los criterios jurídicos que suministra la dogmática jurídica para la resolución de un caso abstracto no es muy distinto a los que son utilizados por los órganos aplicadores del derecho en la resolución de un caso concreto, máxime si se tiene en cuenta que la argumentación jurídica y el proceso judicial son dos estructuras que comparten una propiedad común, cual es ser un tipo de sistema informativo cuyo cometido principal es recibir la información idónea y suficiente a través de la cual se puedan establecer inferencias inductivas para probar la hipótesis que se postula, con miras a que se pueda arribar a una conclusión (“información de salida”) que zanje una determinada disputa⁵⁷².

A. Contexto de justificación interna y externa

Desde la óptica de la teoría de la argumentación jurídica, el proceso o contexto de descubrimiento por medio del cual se llega a establecer una determinada conclusión es una materia abordada por las ciencias sociales, como la psicología o sociología. En cambio, el proceso o contexto de justificación se encarga de estudiar bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado. Respecto de ambos contextos se puede adoptar un discurso descriptivo o prescriptivo⁵⁷³.

Como hemos venido reiterando, nuestro interés está abocado en el contexto de justificación. El contexto de justificación puede analizarse bajo el prisma de dos niveles. El primer nivel es el de la *justificación interna* o formal, el cual está orientado a precisar cuándo un argumento -la decisión judicial- está formalmente correcto. El segundo nivel es el de la *justificación externa* o material, el cual precisa cuándo puede considerarse que un argumento es correcto o aceptable, es decir, cuando está materialmente justificado⁵⁷⁴. En la interpretación de Taruffo, la justificación interna (que llama de primer grado) tiene por finalidad presentar a una alternativa de elección como la “mejor” o “más fundada” en base a un conjunto de reglas; en cambio, la justificación externa (que llama de segundo

como una ‘racionalización’ *ex post*, desligada por completo de los factores causalmente influyentes en el proceso decisorio, el realismo norteamericano introdujo una nítida distinción entre dos momentos de la tarea judicial que resulta muy similar a la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. De modo que más que desconocerla, me parece que el realismo anticipa la diferenciación de los dos contextos (...). ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2002. *op. cit.* p. 22.

⁵⁷² ATIENZA, M. 1996. *op. cit.* p. 236; COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 32.

⁵⁷³ ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* pp. 5-6.

⁵⁷⁴ “Alexy -siguiendo a Wróbleski (1974)- llama *justificación interna* (y MacCormick, justificación de primer nivel) a la que se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas. Y al segundo tipo de justificación, la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de las premisas, *justificación externa* (y MacCormick justificación de segundo nivel)”. ATIENZA, M. 1996. *op. cit.* p. 234.

grado) tiene por finalidad justificar que la alternativa escogida es la más justa en base a la justificación o razonabilidad de las reglas empleadas⁵⁷⁵.

En la tesis de Atienza, el primer nivel de justificación es adecuado para resolver los llamados *casos jurídicos simples o rutinarios* en donde el rol del juez se limita a solucionarlos a partir de un estilo deductivo propio de la lógica formal expresado en el razonamiento silogístico. Sin embargo, en los *casos difíciles* el razonamiento de inferencia deductiva no es suficiente para su resolución, toda vez que “la tarea de establecer la premisa fáctica y/o normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas”⁵⁷⁶. El contexto de justificación interna fue latamente desarrollado en los subcapítulos precedentes, por lo que ahora nuestra disposición -y el de la teoría de la argumentación jurídica en general-, está situado específicamente en el segundo nivel de justificación, esto es, está dirigido a indicar cuándo y cómo se puede tener por suficiente la justificación de una decisión judicial compleja -como lo es la decisión de una prisión preventiva- al nivel de una justificación externa.

Para delinear algunas posibles soluciones, conviene aceptar que la justificación externa exige ir más allá del razonamiento judicial amparado en la lógica deductiva. Son múltiples las teorías de la argumentación jurídica que se han dedicado a diseñar nuevos sistemas que establezcan las pautas a seguir para la resolución de un caso concreto, con el objetivo de satisfacer los requerimientos esenciales de una justificación externa. A modo de ejemplo, Taruffo sostiene que el contenido de una justificación externa puede estar apoyado en inferencias inductivas, argumentaciones persuasivas y valorativas, que no digan relación con la verdad o falsedad de la proposición, sino con la mejor argumentación posible⁵⁷⁷. En los párrafos siguientes solo esbozaremos un compendio de algunos de los modelos que han elaborado autores como MacCormick y Alexy, en la interpretación analítica de Atienza. Este último estudia desde una perspectiva crítica los modelos que proponen MacCormick y Alexy, quienes ofrecen, desde la racionalidad práctica, una respuesta a las demandas de la justificación externa.

MacCormick parte del presupuesto que la argumentación práctica, en general, y la jurídica, en particular, cumplen una función esencialmente justificatoria, es por ello que su teoría de la argumentación jurídica la ubica en el contexto de justificación dentro de un modelo de racionalidad práctica⁵⁷⁸. A partir de esta referencia, construye un modelo que “no trata únicamente de mostrar bajo

⁵⁷⁵ TARUFFO, M. 2006. *op. cit.* pp. 245-246.

⁵⁷⁶ ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 26.

⁵⁷⁷ TARUFFO, M. 2006. *op. cit.* pp. 248, 257.

⁵⁷⁸ ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* pp. 107-108.

qué condiciones puede considerarse justificada una decisión jurídica, sino que pretende, además, que las decisiones jurídicas de hecho, se justifican precisamente de acuerdo con dicho modelo”⁵⁷⁹.

A la luz de la revisión de una serie de fallos de la jurisprudencia del *common law*, que ponen de manifiesto el modo en que los jueces resuelven en base a justificaciones de carácter deductivo, MacCormick identifica una serie de casos *-dificiles-* que las restricciones metodológicas del razonamiento lógico no es capaz de superar. Esta constelación de casos pueden agruparse en cuatro, según se trate de cuestiones atinentes a la proposición jurídica o a la proposición fáctica: (A) problemas de interpretación; (B) problemas de relevancia; (C) problemas de prueba y (D) problemas de calificación. (A) y (B) atañen a la proposición jurídica; (C) y (D) atañen a la proposición fáctica⁵⁸⁰.

En nuestra opinión, la construcción teórica de este teórico puede ser aplicada a las discusiones que se dan a nivel de juzgados de garantía y que se relacionan tanto con la premisa normativa como con la premisa fáctica. La pertinencia de su propuesta teórica con esta memoria de grado está dada sobre todo con los (C) problemas de prueba, el que según Atienza “se refieren al establecimiento de la premisa menor (*p*). Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado”⁵⁸¹. Y los problemas de prueba asociados a nuestro derecho positivo, por ejemplo, en la regulación normativa de la prisión preventiva están asociados a la aplicación de las causales de la letra a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal. La solución que entrega MacCormick a las premisas normativas y que en opinión de Atienza pueden ser ampliadas hacia los problemas probatorios, “consiste en afirmar que justificar una decisión en un caso difícil significa, en primer lugar, cumplir con el requisito de universalidad y, en segundo lugar, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema (lo que significa, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia) y en relación con el mundo (lo que significa, que el argumento decisivo, dentro de los límites marcados por los anteriores criterios, es un argumento consecuencialista)”⁵⁸².

Una de las consecuencias del modelo propuesto por MacCormick es que detrás de una justificación externa de las decisiones judiciales que sea funcional a la racionalidad práctica, existen dos tipos de argumentos a considerar: “(...) razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso) y razones de corrección (una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo

⁵⁷⁹ *Ibíd.* p. 108.

⁵⁸⁰ *Ibíd.* p. 112. Si uno revisa la obra de Taruffo, también hace extensible el contexto de descubrimiento y de justificación a los aspectos probatorios de una decisión. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 443-446.

⁵⁸¹ ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 113.

⁵⁸² *Ibíd.* pp. 114-115.

ulterior)”⁵⁸³. Lo anterior guarda relación con lo propuesto más arriba al referirnos a autores como Taruffo o Nieva, quienes consideran que toda decisión judicial debe no solo ceñirse a lo establecido en las normas jurídicas del sistema, sino que además debe ser compatible con los principios y valores que dan los cimientos al sistema jurídico. Esto es lo mismo que pregonamos nosotros cuando decíamos que la dictación o rechazo de una medida cautelar personal como la prisión preventiva no puede sujetarse únicamente al análisis formal de las causales legales que impone el cuerpo normativo procesal, sino que detrás de su imposición o denegación tienen que ponderarse otro tipo de consideraciones de carácter sustantivo o valorativo.

A su turno, la propuesta teórica de Robert Alexy es divergente con la anterior, pero también se erige sobre las bases de la racionalidad práctica y del principio de universalidad, este último, como una de las dimensiones que compone la justificación externa. Alexy, al igual que todos los autores que hemos citado a lo largo de todo este segundo capítulo, inicia el análisis del problema objetando que la justificación interna lógica sea suficiente por sí misma para resolver los llamados casos difíciles: “El ejemplo indicado (...) Muestra claramente que en los casos más complicados se necesita, para la fundamentación de las decisiones jurídicas una serie de premisas como (5), (6) y (7) que no pueden ser deducidas de ninguna ley. (...) El justificar estas premisas no extraídas directamente del Derecho positivo es tarea de la justificación externa”⁵⁸⁴. Por lo mismo, el autor cree que es en la justificación interna donde debe existir certeza sobre las premisas mayores y menores que luego se tendrán que fundar externamente, en orden a los distintos grupos de casos, reglas, criterios y tipos de argumentación en la que se estructura la justificación externa⁵⁸⁵. En definitiva, el autor postula la necesidad de introducir argumentos prácticos generales en el contexto de un discurso jurídico racional, y viceversa.

Atienza finaliza su trabajo sosteniendo que el aporte metodológico de MacCormick y Alexy a los estándares de una teoría de la argumentación jurídica son valiosos pero aún insuficientes para hacerse cargo de todos los problemas que se encuentran instalados en el contexto de la justificación, en general, y de la justificación externa, en particular. En efecto, un criterio de solución que este salvaguardado por los presupuestos de la racionalidad práctica son solo criterios mínimos que cualquier decisión judicial debe cumplir para no ser tildada de indebidamente injustificada⁵⁸⁶, pero dado que son elementales, no siempre proveen las soluciones integrales para el entramado de vicisitudes que contienen los casos difíciles. Una de las dimensiones en que las teorías de la

⁵⁸³ *Ibíd.* p. 125.

⁵⁸⁴ ALEXY, R. 2007a. *op. cit.* p. 220.

⁵⁸⁵ *Ibíd.* pp. 221, 223.

⁵⁸⁶ ATIENZA, M. 1996. *op. cit.* p. 237.

argumentación jurídica como las desarrolladas termina siendo limitada en sus alcances, es que no es capaz de hacerse cargo en forma completa de los tópicos sobre las cuestiones de hecho (problemas de prueba) o de formular criterios objetivos de evaluación de suficiencia de los resultados obtenidos en un determinado procedimiento de argumentación jurídica⁵⁸⁷.

Frente a este panorama, ¿qué es lo que nosotros proponemos para obtener decisiones judiciales que en lo relativo a una medida cautelar personal satisfaga los requerimientos de una justificación externa?

Nuestra propuesta -y hacia donde está avanzando la ciencia procesal comparada- es estudiar la posibilidad de formular e implementar un estándar de prueba cautelar que nos permita obtener decisiones racionales y debidamente justificadas, es decir, *materialmente* fundamentadas. Esto resolvería en parte los defectos de fundamentación que hoy se visualizan en las resoluciones de los juzgados de garantía que sólo se remiten a hacer un análisis formal de las causales del artículo 140 del Código Procesal Penal (*justificación interna*), pero nada dicen -y por lo mismo, obstaculizan el control recursivo por los tribunales superiores- sobre los criterios y las condiciones objetivas que deben cumplirse para que la decisión puramente mecanicista pueda tenerse por suficientemente justificada (*justificación externa*). También una fórmula como la que se propone discutir, evitaría que fueran únicamente los tribunales los que discrecionalmente concluyeran cuándo una determinada resolución está o no suficientemente fundada, mitigando el riesgo de incurrir en arbitrariedades.

Desde luego, una *concepción racionalista* de la motivación es la única que nos puede brindar una justificación en los términos señalados y que puede ser compatible con los principios que rigen las medidas cautelares. Pero dicha concepción no puede hacerse efectiva si es que la labor judicial no cuenta con las herramientas necesarias para facilitar su cometido. Una herramienta procesal interesante sería, en nuestro concepto, la de discutir -a nivel legal- la construcción de un estándar de prueba racional y objetivo en la emisión de medidas cautelares.

En definitiva, la conclusión del razonamiento judicial empleado en la dictación o denegación de la prisión preventiva tendrá pretensiones racionales de corrección en la medida que esté justificada tanto interna como externamente. Esto es, además, la forma de hacer efectiva la norma del artículo 143 prevista en el Código Procesal Penal que exige que el tribunal exprese claramente los antecedentes calificados que *justifiquen* su decisión.

⁵⁸⁷ *Ibid.* p. 235.

2.2. Medidas cautelares, en general, y prisión preventiva, en particular

La regla general es que las personas que enfrenten un proceso penal y están a la espera de su término lo hagan en libertad. Ya sea que el procedimiento termine por un mecanismo alternativo al del juicio oral, o que finalice con la dictación de una sentencia definitiva, el sistema de enjuiciamiento criminal preconiza, como punto de partida, que no existan injerencias en contra de la libertad personal del imputado. Es por ello que las medidas cautelares que se adoptan en el curso progresivo del procedimiento deben ser excepcionales.

En este subcapítulo nos proponemos estudiar el régimen general cautelar personal del sistema criminal chileno, sus características, fundamentos y finalidades. En lo medular, el marco teórico que se pretende esbozar tiene por objetivo abordar la regulación específica de la medida cautelar más severa del Código Procesal Penal chileno. En forma preliminar, advertiremos que el desarrollo de este apartado está circunscrito a la discusión de la prisión preventiva que se hace en el marco de una solicitud realizada por el ente persecutor o querellante, ya sea en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación de juicio oral o en la audiencia de juicio oral, inclusive aquella que en conformidad al artículo 142 inciso 2° del Código Procesal Penal es posible de discutir en una audiencia especialmente citada al efecto. Por lo tanto, el estudio y análisis de esta sección no se extenderá a aquellos casos en que la prisión preventiva se decreta como una especie de sanción procesal por la no comparecencia del imputado a determinadas actuaciones del proceso, como una solicitud anticipada para el supuesto en que el fiscal o querellante la estimare necesaria cuando estuviera por cesar el cumplimiento efectivo de la pena, como consecuencia del incumplimiento de alguna de las medidas cautelares previstas en el Párrafo 6° del Título V del Código o cuando el tribunal considerare que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y/o presentarse a la eventual ejecución de la sentencia definitiva, tal como lo dispone el artículo 141 inciso 2° y 3° del texto normativo procesal.

Hecha la advertencia, pasaremos a estudiar la definición, características y principios generales que rigen las medidas cautelares personales, enfocándonos principalmente en la prisión preventiva.

2.2.1. Definición de las medidas de coerción procesal

Las providencias cautelares se definen como “aquellas resoluciones que se dictan durante el curso de un proceso y que tienen por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la

dictación de la misma”⁵⁸⁸. El concepto encuentra sus orígenes en la noción de tutela provisional del Derecho procesal civil y en la vieja máxima jurídica de que “*la justicia debe tardar para llegar*”⁵⁸⁹. En efecto, dado que la justa solución al conflicto entre las partes requiere del tiempo necesario para desarrollar una serie de pasos y requisitos que en el contexto de un debido proceso racional no pueden seguirse inmediatamente, las herramientas de la tutela provisional -dentro de las que se encuentran las medidas cautelares y los procedimientos de urgencia- son una suerte de aliciente en la búsqueda de la eficiencia y celeridad en la cumplida administración de justicia⁵⁹⁰.

Dado que a veces el excesivo tiempo que toman los procedimientos civiles y penales para la solución de un conflicto sufre el riesgo indefectible de caer en la denegación de justicia, se instauraron mecanismos de tutela provisional cuyo objetivo es evitar que los conflictos jurídicos se dilaten indebidamente -y en algunos casos, hasta indefinidamente en el tiempo- y al mismo tiempo, precaver que el contenido de las prerrogativas jurídicas a las que las partes tienen derecho, no se vea limitado haciendo ilusorio el ejercicio del mismo⁵⁹¹. Esto es manifestación del pleno derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a ser juzgado dentro de un plazo razonable y a la tutela judicial efectiva, todos derechos que están garantizados en innumerables pactos internacionales sobre Derechos Humanos⁵⁹².

La tutela provisional no puede devenir en la solución definitiva al conflicto entre las partes, entre otras cosas, por un aspecto conceptual y sistemático, toda vez que la cuestión decisoria de la litis es un elemento privativo del procedimiento ordinario de cognición correspondiente⁵⁹³, pero además porque su finalidad está relacionada con mitigar la exasperante lentitud de los procedimientos que muchas veces hacen nulas las expectativas de acceso a la justicia. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia comparada han hecho hincapié en la íntima vinculación que existe entre la tutela judicial efectiva y las medidas cautelares. En efecto, en el tiempo intermedio que media entre la incoación del procedimiento y la dictación de la sentencia definitiva, las medidas cautelares, por una parte, impiden

⁵⁸⁸ MATURANA MIQUEL, C. 2010. Las medidas cautelares. [Separata de clases de Derecho Procesal III. Universidad de Chile, Facultad de Derecho]. Santiago, Chile., p. 9. Jonatan Valenzuela las define como: “decisiones provisionales acerca de la cautela del propio procedimiento y que suponen un pronunciamiento racional del juez”. VALENZUELA, J. [s.a.]. Sobre el estándar de prueba cautelar: decisiones provisionales y actividad probatoria en el proceso penal. Manuscrito proporcionado por el autor., p. 1.

⁵⁸⁹ MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* p. 424. El origen de la tutela cautelar se lo debemos a los maestros italianos de principios del siglo XX (Calamandrei, Chiovenda, Carnelutti), quienes sistemáticamente fueron construyendo el concepto, sus características y presupuestos fundamentales, los que más tarde fueron expandidos por España e Iberoamérica. MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* pp. 69-70, 191.

⁵⁹⁰ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 54.

⁵⁹¹ *Ibíd.* p. 78.

⁵⁹² Art. 9.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 7.5 y 8 de la Convención Americana de Derecho Humanos; art. XVIII Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; art. 6.1 Convención europea para la protección de los derechos del hombre y libertades fundamentales. Incluso algunos ven las primeras alusiones en el año 1215 a través de la Carta Magna. *Ibíd.* p. 21.

⁵⁹³ En palabras de Calamandrei: “la providencia cautelar es provisoria en su naturaleza y no aspira jamás a convertirse en definitiva”. *Ibíd.* p. 194.

que las actuaciones procesales superen los plazos establecidos por el legislador y por otra, aseguran el cumplimiento efectivo de la decisión. El Tribunal Constitucional español, a través de la interpretación del artículo 24.1 de su Carta Fundamental, ha asentado una sólida jurisprudencia en torno a la cual: “La tutela judicial -agrega el TCE- ha de ser, por imperativo constitucional, “efectiva”, (...). Por ello, es preciso reiterar ahora lo que afirmamos en nuestra STC 14/1992 (RTC 1992/14), fundamento jurídico 7º, esto es, que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”⁵⁹⁴.

Las medidas cautelares pueden ser civiles o penales. La diferenciación no es banal, toda vez que fue la ciencia procesal civil la que elaboró teóricamente una dogmática específica sobre la tutela cautelar, la que posteriormente fue adaptada con ciertos matices al ámbito del proceso penal en razón de los distintos intereses en conflicto aquí presentes y del rol que en este tipo de procedimientos juega cada uno de los intervinientes⁵⁹⁵. Las medidas cautelares penales pueden ser definidas como “resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa [...] por las que se limita provisionalmente la libertad o a libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia”⁵⁹⁶. En la concepción de Cristián Maturana y Raúl Montero, las providencias cautelares penales son “aquellos instrumentos de aseguramiento de la persona o de los bienes del presunto responsable, que pueden ser adoptadas dentro del proceso penal, en virtud de una resolución judicial fundada, que persiguen garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, frente al riesgo en la demora en la dictación de ésta”⁵⁹⁷.

La dogmática procesal comparada clasifica a su vez a las formas de coerción procesal penal en *medidas cautelares reales* y *medidas cautelares personales*. Las primeras tienen por objeto hacer valer la pretensión civil imponiendo limitaciones a la libre disposición de los bienes del imputado; las segundas, en cambio, tienen por objeto hacer valer la pretensión punitiva imponiendo privaciones o restricciones a la libertad personal del imputado⁵⁹⁸. Es respecto de estas últimas a las que nos referiremos.

Dentro del conjunto de modalidades de coerción intensas que, a petición de parte, está facultado el Juez de Garantía o el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (según la etapa en la que se

⁵⁹⁴ *Ibíd.* pp. 74-75.

⁵⁹⁵ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº 1): pp. 10-11.

⁵⁹⁶ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 343.

⁵⁹⁷ MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* p. 425.

⁵⁹⁸ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 343; MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 9.

encuentre el procedimiento) para dictar en contra del imputado, se encuentran las siguientes: citación, detención, prisión preventiva y otras medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva. Todos estos mecanismos de protección provisional se encuentran regulados en el Título V del Libro I del Código Procesal Penal. Antes de entrar en el detalle de la prisión preventiva, procederemos a analizar las características, principios y requisitos esenciales que informan las medidas cautelares.

2.2.2. Características y principios generales que informan las medidas cautelares

La doctrina procesal ha elaborado sistemáticamente una serie de principios, presupuestos y características que en su conjunto, constituyen el marco teórico general sobre el cual descansan todas las medidas cautelares personales.

Las características generales sobre los cuales se construye teóricamente la arquitectura de la tutela cautelar son las siguientes: *provisionalidad, instrumentalidad, legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, proporcionalidad, necesidad, temporalidad, sustituibilidad, acumulabilidad, dignidad y responsabilidad*^{599 600}. Es respecto de las dos primeras que nos detendremos a fondo, toda vez que en el debate académico son las que constituyen un punto pacífico entre los distintos autores nacionales y extranjeros que han enarbolado enormes esfuerzos para estudiar científica y analíticamente el tema. En efecto, tanto en sede civil como en sede penal, son categorizadas como las características determinantes. Además de ello, existe consenso en que el resto de las características enunciadas pueden ser fácilmente encauzadas hacia este modelo general⁶⁰¹. Más adelante trataremos a la *proporcionalidad y responsabilidad* como principios en estrecha relación con las características enunciadas y también a la *presunción de inocencia, legalidad y jurisdiccionalidad*, que serán analizadas como principios-límites.

A. Características generales

Para hablar de la *provisionalidad* de las medidas cautelares, cita de consulta obligada es la obra del maestro italiano Chiovenda: “En la medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de *otra* supuesta voluntad de la ley: si después,

⁵⁹⁹ En lo que sigue seguiremos el esquema pedagógico utilizado por Juan Carlos Marín en su trabajo “*Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal penal chileno*”. El autor llama “características” a lo que otros autores (como Julián López, María Inés Horvitz, Cristián Maturana, Raúl Montero, entre otros) denominan “principios”. Elegimos seguir este formato porque nos parece el más idóneo a los efectos de lo que nos interesa explicar.

⁶⁰⁰ Muchos de estos principios son citados por la jurisprudencia de la Corte Suprema. A modo ejemplar, véase considerando 10° de la sentencia SCS: Rol N° 5.043-2009. [04 de agosto de 2009].

⁶⁰¹ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* pp. 11-12; MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* pp. 191-192.

por ejemplo, esta otra voluntad se ha demostrado inexistente, también la voluntad actuada con la medida provisional se manifiesta como una voluntad *que no habría debido existir*. La acción aseguradora es, pues, *ella misma una acción provisional*⁶⁰². De acuerdo al fragmento transcrito, el efecto y la supervivencia de una medida cautelar está limitada en su duración al transcurso de tiempo que media entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de la providencia principal o definitiva⁶⁰³. Una vez que se dicta la ejecutoriedad de la sentencia definitiva (o para el caso que estudiamos, el sobreseimiento definitivo), la medida cautelar cesará en sus efectos toda vez que los motivos que se tuvieron a la vista para su mantención han desaparecido.

El carácter contingente de las medidas cautelares⁶⁰⁴ está muy emparentada con la conocida cláusula “*rebus sic stantibus*”, puesto que la providencia cautelar se va a mantener en tanto no varíen las circunstancias que le sirvieron de fundamento. Es por esta razón que el profesor Raúl Tavolari considera que las medidas cautelares están sometidas a un juicio de precariedad⁶⁰⁵, y asimismo lo reconoce el artículo 122 de nuestro Código Procesal Penal, el cual consagra como principio general que las medidas cautelares personales “sólo duraran mientras subsista la necesidad de su aplicación”⁶⁰⁶.

Por último, hay que distinguir la temporalidad de la provisionalidad. Al respecto, conviene tener presente que en la temporalidad de las medidas cautelares hay una relación de género a especie respecto de todas las resoluciones judiciales. En efecto, todas las resoluciones judiciales son temporales, pero no todas son provisionales. La provisionalidad de una providencia cautelar dura “hasta que sobrevenga un evento sucesivo”⁶⁰⁷, toda vez que no pueden perdurar indefinidamente en el tiempo, en cambio, la temporalidad es algo que “no dura para siempre, lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene en sí misma una duración limitada”⁶⁰⁸. En esencia, todas las resoluciones judiciales que se emiten a lo largo de un procedimiento tienen un inicio y un final predeterminado, sin embargo, las medidas cautelares si bien tienen un inicio, no sabemos, *a priori*, cuándo específicamente llegará su fin. Esto puede generar enormes complejidades al interior de un

⁶⁰² MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 193. .

⁶⁰³ MATORANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* pp. 446-447.

⁶⁰⁴ Término utilizado por Jonatan Valenzuela. VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 64. El mismo autor apoya la provisionalidad como nota distintiva de las medidas cautelares en: VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 3. Vuelve a repetir este argumento en: VALENZUELA, J. 2017. Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal en el derecho chileno: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. Manuscrito proporcionado por el autor. pp. 4, 7.

⁶⁰⁵ El reputado académico hace referencia a la norma del artículo 301 del Código de Procedimiento Civil que refleja esta característica. Recordemos que todo el estudio de la tutela cautelar es una suerte de importación de las bases cimentadas por el derecho procesal civil, idea que circuló -según explica Juan Carlos Marín- por los legisladores nacionales desde el Proyecto que data de 1871. MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* pp. 194-197.

⁶⁰⁶ Muchas otras normas se encuentran dispersas en el Código, las que están fundamentadas en el mismo principio, algunas de las cuales no guardan conexión con las medidas cautelares. Véase Arts. 144, 146, 149, 152, 153, 238, 241, 464, todos del Código Procesal Penal. MATORANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I *op. cit.* pp. 447-449.

⁶⁰⁷ MATORANA MIQUEL, C. 2010. *op. cit.* p. 10.

⁶⁰⁸ *Ibid.* p. 10.

proceso criminal si consideramos que según el artículo 152 del Código Procesal Penal no existe para la prisión preventiva un límite máximo de permanencia, lo que ha llevado en algunos casos a la prolongación excesiva de ésta durante meses o años, desafiando el objetivo cautelar principal consistente en evitar procesos extremadamente largos y a su vez, poniendo en entredicho la efectividad del derecho que tiene un imputado a ser juzgado en un plazo razonable. Así lo ha resuelto también la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁰⁹.

Por su parte, la *instrumentalidad* versa sobre la idea central de que las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismo, sino que están preordenadas a un fin ulterior, cual es asegurar la dictación y eficacia de la resolución definitiva⁶¹⁰. En este sentido, están subordinadas a “preparar el terreno y aprontar los medios más aptos para su éxito”⁶¹¹. En efecto, una vez que se ha emitido la resolución principal que estuvo prevista para ser asegurada interinamente, las medidas coercitivas se extinguen pues su propósito ya ha sido cumplido⁶¹². Definida de esta manera, se hace palmaria la ineludible conexión entre la instrumentalidad y la provisionalidad.

En el proceso penal la vinculación directa entre la providencia cautelar y la providencia definitiva es la nota más destacada de los mecanismos de tutela provisional. Sin embargo, la medida cautelar nunca puede confundirse ni identificarse con la providencia definitiva, por lo que debe cesar una vez cumplidas las funciones que al momento de su concesión se le asignaron. Esto puede llegar a desvirtuarse en aquellos sistemas predominantemente inquisitivos en donde, v.gr., los jueces al dictar la prisión preventiva -como consecuencia casi natural y automática de la antigua resolución de sometimiento a proceso- no tenían ningún tipo de incentivo para acelerar la conclusión del juicio (es más, dado que la mayor información del juicio provenía del inculpado, les convenía que el procedimiento se dilatara excesivamente), sumado a que la ley tampoco disponía ningún tipo de limitación temporal para la medida cautelar, lo que terminaba por transformar sus efectos en la imposición de un auténtico castigo que, en principio, estaba reservado para la eventual dictación de la sentencia condenatoria⁶¹³. Es por ello que la prisión preventiva no puede pasar a ser el sustituto de una

⁶⁰⁹ “La prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios de derecho universalmente reconocidos”. NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. *op. cit.* p. 231 (el autor aquí cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Suárez Rosero v/s Ecuador. [12 de noviembre de 1997]; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Instituto de Reeducación del Menor v/s Paraguay [2 de septiembre de 2004].

⁶¹⁰ VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 3. Según veremos mas adelante, esta característica es central para Valenzuela a efectos de construir un estándar de prueba cautelar, cuya utilidad e interés está dada, entre otras cosas, porque aumenta las probabilidades de llegar a una decisión verdadera en la posterior decisión de condena o absolución que se tome en la sentencia definitiva. VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 5.

⁶¹¹ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* pp. 198-199.

⁶¹² MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 50.

⁶¹³ RIEGO RAMÍREZ, C. 2000. *op. cit.* pp. 175-176.

pena privativa de libertad, porque ello supondría transformarla en la decidida respuesta penal que ofrece el Estado para combatir la criminalidad, cuestión que desnaturalizaría por completo la institución procesal.

El inciso 1° del artículo 122 del texto procesal penal, consagra la instrumentalidad como un principio general de las medidas cautelares personales, el que reza como sigue:

“Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo duraran mientras subsistiere la necesidad de su aplicación”.

Corolario de la instrumentalidad, es el régimen de *necesariedad y excepcionalidad* en el cual se aplican las providencias cautelares. Si el ordenamiento se auto-obliga a tratar a una persona que está acusado de un delito como inocente, no puede menos que imponerse en su contra una medida cautelar personal solamente cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento. La pregunta evidente que sigue es:

¿Cuáles son los fines del procedimiento penal?

El primer antecedente con el que contamos es el informe del proyecto de ley que pretendía instaurar un nuevo Código Procesal Penal, el cual tenía como propósito cautelar, vincular al imputado con el proceso con el fin de “garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena”⁶¹⁴.

Más allá de lo que establece la historia fidedigna de la ley, lo cierto es que no existe una norma general explícita dispuesta en el Código que nos oriente sobre las finalidades del procedimiento penal, sin perjuicio de que ciertos indicios se encuentran diseminados en algunos preceptos legales del cuerpo normativo procesal, los cuales pueden dilucidar y ayudar a ubicarnos en esta incógnita jurídica⁶¹⁵.

Las finalidades que plantea la doctrina procesal mayoritaria para autorizar la imposición de una medida cautelar son: (i) asegurar la comparecencia futura del imputado al juicio oral y a la ejecución de

⁶¹⁴ MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* p. 433.

⁶¹⁵ Por ejemplo, el artículo 146 del Código Procesal Penal referido a la posibilidad de substituir la prisión preventiva por alguna caución económica suficiente, consagra expresamente como fines cautelares que confieren legitimidad a la prisión preventiva los siguientes: “garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de pena”. Lo mismo ocurre en el artículo 155 del Código Procesal Penal, el cual establece otras medidas cautelares personales menos gravosas, donde expresamente se señala el objetivo de “asegurar la comparecencia del imputado a la actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia”. Algo de esto hay también en el artículo 150 del texto procesal penal, sobre la ejecución de la prisión preventiva, al disponer que ésta “se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga”. Por su parte, los profesores Horvitz y López vinculan las finalidades del procedimiento a la comparecencia del imputado, a través de la interpretación de las normas del artículo 33 y 141, todos del Código Procesal Penal. HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 411.

la pena⁶¹⁶ y (ii) evitar la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de los elementos probatorios⁶¹⁷. La primera finalidad señalada es además consistente con lo que disponen los tratados internacionales sobre Derechos Humanos que están integrados a nuestro ordenamiento jurídico⁶¹⁸. Si se presta atención, los obstáculos que se oponen a los medios o fuentes de prueba guardan relación directa con la primera finalidad descrita. En efecto, si se destruye un elemento de prueba, éste no podrá ser presentado en el juicio oral respectivo, lo que impedirá que el juicio oral se pueda llevar a cabo (o que se realice igualmente, pero no en los términos que lo tiene pensado el Ministerio Público), y como consecuencia de ello, se frustrará el objetivo cautelar de asegurar la eventual ejecución de la pena en contra del imputado. En el derecho comparado, v.gr. Alemania, la prisión preventiva está vinculada a estos mismos objetivos procesales: “asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; garantizar una investigación de los hechos en debida forma, y asegurar la ejecución penal”⁶¹⁹.

A su turno, los profesores María Inés Horvitz y Julián López, representantes de esta doctrina procesal imperante en la cultura jurídica chilena, expresan que las finalidades cautelares a las cuales están subordinadas las medidas cautelares son “el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal”⁶²⁰. El primero se relaciona con lo que apuntábamos sobre los elementos probatorios como mecanismos de averiguación de la verdad y con la imposibilidad de que el derecho sustantivo pueda aplicarse en el caso concreto si el proceso no asegura la comparecencia del imputado. El segundo se relaciona con acciones que eludan la acción de la justicia y pongan en riesgo el

⁶¹⁶ No deja de ser curioso que uno de los fines del procedimiento, en general, sea asegurar la eventual ejecución de pena, como si, *ex ante*, el ordenamiento jurídico y sus operadores estuvieran predispuestos a dictar una sentencia condenatoria, y no pudiera terminar el procedimiento por una vía distinta, v. gr., una sentencia absolutoria o una salida alternativa.

⁶¹⁷ IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* p. 10; MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 31; HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 352; TAVOLARI, R. 2005. *op. cit.* p. 404; CAROCCA PÉREZ, A. 2005. *op. cit.* p. 156; DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* pp. 261-262; CHAHUÁN, S. 2009. *op. cit.* pp. 220-221; MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* p. 426 VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 64; VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en América Latina: Mecanismos para evaluar la necesidad de cautela. *En*: Diez años de la reforma procesal penal en Chile. 1ª edición. Santiago, Chile. Ediciones UDP. pp. 610-611; HASSEMER, W. 1998. Capítulo IV. Los presupuestos de la prisión preventiva. *En*: Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento, límites a la prisión preventiva. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc., pp. 115-116; DEI VECCHI, D. 2013. Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXVI (N° 2): p. 209. Otros manuales de procesal penal chileno no dotan de contenido a la frase “fines del procedimiento”, limitándose solo a enunciarla, v.gr., LLANOS, L. 2003. Síntesis del nuevo procedimiento penal. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago., p. 63; CORREA SELAMÉ, J. 2005. Curso de derecho procesal penal. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago., p. 152; ORELLANA TORRES, F. 2009. *op. cit.* p. 88.

⁶¹⁸ Art. 7.5 Convención Americana de Derechos Humanos: “5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”; Art. 9.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

⁶¹⁹ TAVOLARI, R. 2005. *op. cit.* p. 404.

⁶²⁰ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 352.

cumplimiento de la finalidad cautelar (“peligro de fuga”). Cuando afirmamos que es la doctrina mayoritaria, lo expresamos porque otro sector de la doctrina crítica fuertemente este propósito que indicamos como “(ii)” y también aquella que pone en riesgo la acción de la justicia.

Los argumentos sobre esto último serán desarrollados más adelante, cuando nos refiramos específicamente a la regulación legal de la prisión preventiva en Chile. Lo que queda claro es que en la naturaleza instrumental de las medidas cautelares se consigna lo que describiéramos al inicio de este segundo capítulo, esto es, que mediante ellas el proceso puede establecer las condiciones necesarias para que el derecho sustancial pueda cumplir su función. En efecto, cualesquiera sean los fines -legítimos o ilegítimos- que se le atribuyan al proceso, todos -en principio- están encaminados a determinar la responsabilidad penal de un sujeto respecto de la comisión de un delito⁶²¹.

B. Otros principios generales

El fundamento de la imposición de cualquier medida cautelar está configurado por el principio de *proporcionalidad*. La proporcionalidad dice relación con propender a un equilibrio entre los medios y los fines. En sede civil, este justo equilibrio se busca entre “la pretensión del demandante por un parte, y las medidas que solicita para asegurar la efectividad de la sentencia, por la otra”⁶²². En sede penal su aplicación no es tan distinta, toda vez que la proporcionalidad está referida a adoptar medidas cautelares que guarden relación con la finalidad cautelar que se persigue. Si la finalidad es, por ejemplo, cautelar el peligro procesal de la seguridad de la sociedad, la decisión de aplicar la prisión preventiva tendrá que ser ponderada con criterios como la gravedad del hecho que se investiga y la sanción probable asignada. Si por el contrario, la finalidad es cautelar la presencia del imputado en la sustanciación del procedimiento, “se debe ponderar entonces la pérdida de la libertad del acusado frente al valor de un procedimiento en presencia”⁶²³. En definitiva, el riesgo de que los medios -prisión preventiva- excedan los fines -objetivos cautelares del procedimiento- significa hacer irrelevante el proceso mismo, o en su defecto, según lo que plantean los *no compatibilistas*, convertirlo en una efectiva anticipación punitiva⁶²⁴.

El principio de proporcionalidad en *sentido estricto* hunde sus raíces en la jurisprudencia constitucional alemana⁶²⁵ como una forma de controlar la intromisión excesiva de los poderes públicos

⁶²¹ VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 67.

⁶²² MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 216.

⁶²³ HASSEMER, W. 1998. *op. cit.* p. 122.

⁶²⁴ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 266.

⁶²⁵ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 35. También tiene mucha aplicación en la jurisprudencia constitucional española que la identifica con un juicio de razonabilidad entre la finalidad perseguida y las circunstancias que justifican adoptar una medida de esa naturaleza. MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op. cit.* p. 40.

(tanto en la dictación de normas como en la aplicación de las mismas) en los derechos y libertades individuales de las personas. Este principio ha sido aplicado por el supremo intérprete de la Constitución chilena⁶²⁶, por el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos⁶²⁷ y también por la práctica procesal en materia de medidas cautelares personales. Baste con transcribir la siguiente sentencia de la Corte Suprema para desglosar los componentes que conforman este principio:

“DÉCIMO: (...) “La congruencia de cómo estos postulados esenciales al nuevo proceso penal se conjugan, se presenta en la presencia de tres subprincipios: a) *El de adecuación o idoneidad de los medios*; b) *El de necesidad*, y c) *Proporcionalidad en sentido restrictivo*. Los tres operan copulativamente, esto es, que para los efectos que se requiera su concurrencia, deben asistir en forma conjunta. *El primero se refiere a la adecuación de los medios respecto del o de los fines a conseguir*, lo que excluye cualquier medio que se sea conducente al fin legítimo perseguido. De esta manera, cualquier norma jurídica restrictiva debe ser idónea a la finalidad constitucional que se busca concretar, si la norma contraviene fines o valores expresos o implícitos en el texto constitucional, será inconstitucional e ilegítima.

El subprincipio de necesidad exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho y no sea posible de ser sustituida por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa. En el fondo se exige que la norma jurídica emanada del legislador sea imprescindible para asegurar la vigencia o ejercicio de un derecho o bien jurídico constitucional, debiendo restringir otro en el menor grado posible cuando no existe otra alternativa posible, escogiendo siempre el mal menor, el medio menos restrictivo, todo ello sin afectar el contenido esencial de los derecho constitucionalmente protegidos.

Por último, *la proporcionalidad en sentido estricto* implica ponderar, en una relación costo-beneficio, las ventajas o desventajas resultantes para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener los fines perseguidos por la norma constitucional. Se ponderan los daños que se causan con la adopción de la medida versus los resultados que serán alcanzados, en otras palabras, ponderar las desventajas de los medios en relación a las ventajas del fin a obtener.

⁶²⁶ “DECIMOCUARTO: Que, además, se ha sentenciado que un apremio que importe privación de libertad, debe decretarse “con una indudable determinación y con parámetros incuestionables, esto es, respetando el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir”. En tal sentido, se ha señalado que una limitación a un derecho fundamental es justificable cuando dicho mecanismo “es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales” (sentencias roles N° 519 y 576)”. STC: Rol N° 1518-2009. [21 de octubre de 2010].

⁶²⁷ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 67; LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 289.

De esta manera el legislador debe siempre utilizar medios adecuados y que no sean desproporcionados”⁶²⁸.

En relación a la prisión preventiva, la proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar en un caso concreto las consecuencias que se producen al privar la libertad personal del imputado en función de la tutela de los fines cautelares del proceso⁶²⁹. Por lo mismo, la aplicación del principio persigue limitar la dañosidad que toda medida cautelar personal lleva inmersa y restringir su ejecución a aquellos casos en que sea estrictamente indispensable. Si en la ponderación de intereses en juego las desventajas en la afectación de la libertad personal del imputado son intensamente superiores a la utilidad que se persigue en la protección de los objetivos cautelares, deberá preferirse la imposición de una medida cautelar menos lesiva e igualmente eficaz, o derechamente, deberá excluirse la imposición de las mismas⁶³⁰. En síntesis, lo que se busca es una perfecta ecuación entre los derechos fundamentales y la tutela cautelar.

El principio de proporcionalidad en materia de medidas cautelares recibe acogida en nuestro sistema procesal en las siguientes disposiciones legales⁶³¹: (i) artículo 124 Código Procesal Penal, que proscribió ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado cuando la imputación se refiera a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad; (ii) artículo 141 letra a) y b) Código Procesal Penal, que establece los casos de improcedencia de la prisión preventiva cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos y cuando se tratare de delitos de acción privada; (iii) artículo 141 letra c) Código Procesal Penal, al prohibirse su dictación cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad, salvo las excepciones legales⁶³² y (iv) artículo 152 inciso 2° del Código Procesal Penal, en aquellos casos en que el tribunal debe citar de oficio a una audiencia cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se

⁶²⁸ SCS: Rol N° 5.044-2009. [04 de agosto de 2009]. Las cursivas son nuestras. En el mismo sentido, SCS: Rol N° 5.043-2009. [04 de agosto de 2009].

⁶²⁹ “El principio de proporcionalidad cumple una función tutelar del Estado de Derecho, estableciendo criterios de valoración en el caso concreto para determinar si el interés que se trata de garantizar con la intervención estatal tiene un carácter preponderante frente a los costos que para el administrado representa la injerencia en sus derechos fundamentales”. LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 289.

⁶³⁰ Esto está muy vinculado con lo que en derecho comparado se conoce como “prohibición de exceso”. Esta exige “una ponderación valorativa entre el objetivo legítimo y sus efectos no deseados. (...) exige que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva sólo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión”. Un efecto no deseado es, v.gr., el contacto criminógeno que supone la privación de libertad respecto de individuos que gozan de irreprochable conducta anterior. HASSEMER, W. 1998. *op. cit.* pp. 120-121.

⁶³¹ Su consagración explícita fue suprimida por la Ley N° 20.074 de 2005 que modificó el inciso primero del artículo 141 original del Código Procesal Penal. DUCE, M. y RIEGO, C. 2009 Prisión preventiva y nueva justicia penal en Chile: Evaluación del impacto de la Reforma Procesal Penal y de sus cambios posteriores. [en línea], Santiago, Chile. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. <<https://es.scribd.com/document/26047529/Duce-y-Riego-Prision-preventiva-y-nueva-justicia-penal-en-Chile>> [consulta: 21 septiembre 2016], pp. 45-46.

⁶³² DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* pp. 266-267.

podiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria o de la que se hubiere interpuesto existiendo recursos pendientes. Es decir, en este último caso, se trata de limitar la duración de la prisión preventiva al tiempo indispensable para que pueda cumplir su cometido, teniendo para ello en consideración, el monto de la pena concreta que arriesga el imputado⁶³³, el derecho de la persona a ser juzgado en un plazo razonable⁶³⁴, entre otras variables.

Como se puede apreciar, en la mayoría de las hipótesis legales descritas el objetivo es excluir la prisión preventiva cuando se trate de delitos de baja gravedad (v.gr., hurto simple, lesiones menos graves, entre otros) en que probablemente la pena en concreto a imponer no consista en una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo, pudiendo incluso, si se dan los presupuestos legales, terminar los procedimientos vía salidas alternativas o mediante el ejercicio del principio de oportunidad del Ministerio Público.

Por último, la instrumentalidad y la proporcionalidad están estrechamente relacionados con el principio específico de la *responsabilidad*, el que en materia de medidas cautelares penales se encuentra muy debilitado. Es posible -y hay un grupo importante de casos en que esto sucede- que un sistema de justicia limitado por su intrínseca falibilidad, cometa inevitablemente errores judiciales que sean importantes de resarcir, y los cometerá, a nivel cautelar, ya sea en casos en que erróneamente se decreta una medida cautelar en un proceso que hacia su finalización concluyó en una sentencia absolutoria; ya sea en casos en que erróneamente no se decreta una medida cautelar en un proceso que hacia su finalización concluyó en una sentencia condenatoria⁶³⁵. En materia penal, a diferencia de lo que ocurre en sede civil, los tipos de intereses jurídicos que están en competencia (persecución penal v/s libertad personal) obliga a distribuir diferenciadamente estos riesgos de error. Esta disyuntiva político-moral nos hace considerar que es preferible evitar el riesgo de error de un falso positivo (encerrar preventivamente a un imputado respecto del cual no existen antecedentes suficientes para privarlo de libertad) aun a costa de que se eleve el riesgo de error de un falso negativo (no encerrar preventivamente a un imputado respecto del cual sí existen antecedentes suficientes para privarlo de libertad), máxime si el proceso arriba a una sentencia absolutoria.

⁶³³ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 68.

⁶³⁴ La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha puesto de relieve la infracción al principio de proporcionalidad en casos en que los tribunales de juicio oral en lo penal citaban a audiencia de juicio para una fecha hasta un año después desde recibido la resolución de auto apertura, obligando a los imputados a permanecer en prisión preventiva hasta ese momento. Véase SCA de Talca: Rol N° 483-2009. [07 de octubre de 2009]. Otros fallos donde es posible identificar la disparidad de criterios jurisprudenciales utilizados por la Corte al resolver este tipo de casos pueden verse en DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* pp. 77-78.

⁶³⁵ El punto de análisis está constreñido a los casos de prisión preventiva. Queda pendiente para otro trabajo de investigación la discusión sobre si otras medidas cautelares personales de menor intensidad (citación, detención, artículo 155 del Código Procesal Penal) dictadas erróneamente en perjuicio del imputado merecen ser resarcidas.

El principio específico de *responsabilidad* se vincula con el de *instrumentalidad* por cuanto este último no solo es una característica diferenciadora de este tipo de providencias, sino que además constituye un “gran resguardo de que dispone la persona en contra de quien se solicitó y adoptó una medida cautelar (...) de que en el respectivo proceso se confirme la legitimidad de la medida y en caso contrario, que se declare judicialmente el derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se le han ocasionado”⁶³⁶. La posibilidad de una indemnización correctiva responde a criterios de justicia material y se da en aquellos casos en que al momento de la solicitud de una medida cautelar sus fundamentos estaban plenamente justificados para la plena efectividad de una posible sentencia condenatoria, pero que finalmente no arribó a ella. Si hubo buenas razones para justificar la medida cautelar las habrá también para indemnizar los daños que la mantención de la providencia pudo generar, teniendo presente además que el simple alzamiento de la providencia cautelar es condición necesaria pero no suficiente frente a los efectos gravosos que esta situación produce. Ahora bien, serán los tribunales los que decidirán que parte del proceso deberá soportar la carga económica de la imposición de una medida cautelar dictada en estos términos y conforme a qué estatutos de responsabilidad civil extracontractual deberá ser atribuida⁶³⁷.

Si en el proceso civil la responsabilidad está asegurada para ciertos casos con una cautela⁶³⁸, es decir, una garantía específica de carácter indemnizatorio por los perjuicios causados en contra del sujeto pasivo de un litigio que no concluyó en una sentencia favorable para el actor, en el proceso penal chileno no se prevén mecanismos protectores de esa naturaleza⁶³⁹. El problema no es baladí si consideramos que el juez al momento de tomar la decisión judicial sobre la prisión preventiva debe ponderar continuamente su mantención en el tiempo, sobre todo en aquellos casos de mayor extensión en los cuales se van a llevar a efecto algunas diligencias de investigación por el ente persecutor, y este deba tener que justificar el cumplimiento de dichas actuaciones que supuestamente tienen por misión preparar el camino al juicio oral. La situación se complejiza aún más en aquellos casos de duración prolongada de la prisión preventiva que terminan finalmente por confirmar la inocencia del acusado en el juicio oral y el Estado no adopta las medidas reparatorias necesarias para indemnizar los daños producidos⁶⁴⁰.

⁶³⁶ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 213.

⁶³⁷ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 228.

⁶³⁸ Los requisitos esenciales de las medidas cautelares serán analizadas en el punto 2.2.2.1

⁶³⁹ Según Juan Carlos Marín, la naturaleza y finalidades que comporta el proceso penal hacen difícil compatibilizarlo con la noción de cautela indemnizatoria. MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 16.

⁶⁴⁰ En el capítulo III se hará mención a los exigüos casos en donde la Corte Suprema ha condenado civilmente al Estado como responsable de la dictación de resoluciones judiciales injustificadamente erróneas o arbitraria en el contexto de un procedimiento penal. Específicamente se tratará el error judicial en la dictación de la prisión preventiva que se ha declarado injustificadamente errónea o arbitraria, conforme a una amplia y garantista interpretación que ha analogado jurídicamente la

Recientemente se han establecido algunos encomiables esfuerzos de algunas instituciones públicas por modificar legislativamente esta injusta y dolorosa situación⁶⁴¹.

C. Principios - límites

Hemos denominado “principios-límites” a aquellos principios orientadores de las medidas cautelares que precisamente establecen los límites a su dictación. El primer límite (i) es la *presunción de inocencia*, a la cual si bien hemos tratado latamente en el primer capítulo hemos dejado para esta sección el desarrollo de su dimensión como regla de trato. El contenido de esta regla nace a propósito de la discusión jurídica sostenida entre *compatibilistas* y *no compatibilistas* sobre la viabilidad o inviabilidad de establecer la prisión preventiva dentro de un *modelo constitucional de proceso* que está anclado en el derecho a la presunción de inocencia. Solo para adelantar el debate, conviene recordar que esta regla tiene acogida directa en el artículo 4° del Código Procesal Penal, norma que diseña un estatuto normativo en favor del imputado para que puede disfrutar del pleno goce de sus derechos (entre ellos el de libertad personal), en tanto no exista una sentencia condenatoria que afirme su responsabilidad penal. Lo interesante de este derecho es que a pesar de su enorme influencia en el actual modelo de enjuiciamiento criminal, no ha podido desplegarse con toda su fuerza política al punto de “eliminar toda posibilidad de coerción estatal durante el proceso”⁶⁴². Antes bien, tal como afirma Riego y Duce, parece ser poco realista aspirar a la exclusión total de las medidas cautelares en los sistemas procesales modernos⁶⁴³. En las secciones venideras de este capítulo la intención es ofrecer desde la presunción de inocencia, una mirada teórica y práctica que marque los límites al uso indiscriminado de la prisión preventiva⁶⁴⁴.

El estatuto normativo de la inocencia del imputado impone una drástica exigencia de legalidad a las actuaciones procesales que pudieran afectarle. Es por eso, que el segundo principio-límite (ii) es el de *legalidad*, cuya consagración normativa se encuentra en el artículo 5° del Código Procesal Penal, el reza de la siguiente manera:

“Artículo 5°.- Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

voz “sometido a procesado” a la prisión preventiva, según lo dispone el artículo 19 n° 7 letra i) de la Constitución Política de la República.

⁶⁴¹ En el capítulo III se ahondará sobre el Proyecto Inocentes” promovido por la Defensoría Penal Pública.

⁶⁴² HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 345.

⁶⁴³ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 61.

⁶⁴⁴ Esta mirada es la misma con la cual Perfecto Andrés Ibáñez invita a los procesalistas a releer sus instituciones. IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* p. 15.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”⁶⁴⁵.

Esta concreción normativa obedece al mandato que el constituye entrega al legislador en el artículo 19 n° 7 letra b) de la Constitución Política de la República⁶⁴⁶ y que además guarda armonía con lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes⁶⁴⁷. Cabe destacar que la exigencia de legalidad que se predica en el proceso criminal se diferencia de lo que acontece en el proceso civil con el polémico “poder general de cautela” del cual gozan los tribunales civiles en algunos casos excepcionales⁶⁴⁸.

En último término, encontramos (iii) el principio-límite de *jurisdiccionalidad*, el que puede ser definido como aquel en que “las medidas cautelares personales sólo puede ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente”⁶⁴⁹. El órgano jurisdiccional competente dependerá de la etapa procesal en la que el fiscal o el querellante solicite la dictación de una medida cautelar personal o que la defensa solicite la revisión de ésta, pudiendo ser competente el Juez de Garantía o el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. De acuerdo al Código Orgánico de Tribunales y conforme a la intención que se tuvo en la reforma, de modificar completamente el sistema de organización judicial, es el Juzgado de Garantía el que cumple una función de control respecto de la dirección y actuaciones de investigación que realiza el Ministerio Público y los funcionarios policiales (en tanto órganos auxiliares), de cara a la recolección de la evidencia que será presentada en el juicio oral. La misión de este órgano jurisdiccional es verificar que en el curso del procedimiento se respeten el conjunto de derechos y garantías básicas del imputado, conforme lo establece el artículo 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 9° de la legislación procesal vigente, que dispone en su inciso 1° y 2° lo siguiente:

⁶⁴⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000.

⁶⁴⁶ “La Constitución asegura a todas las personas: b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 22 septiembre 2005.

⁶⁴⁷ Artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”; Art. 9.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

⁶⁴⁸ Por ejemplo, las medidas precautorias innominadas del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil. MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* pp. 88-91; MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* p. 429.

⁶⁴⁹ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 350.

“Artículo 9º.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía”⁶⁵⁰.

Ahora bien, el artículo 18 letra b) del Código Orgánico de Tribunales le confiere también atribuciones al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal para resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición. Esta circunstancia podría generar algunas distorsiones en el sistema procesal penal al existir un manifiesto riesgo de contaminación y pérdida de imparcialidad de los jueces del fondo cuando conocen, por la vía cautelar y de forma anticipada, algunas cuestiones que podrían ventilarse con posterioridad en el juicio oral, como podría ocurrir al analizar los presupuestos materiales de la prisión preventiva. La solución que promueve una parte de la doctrina frente a este conflicto consiste en priorizar que sean los jueces de garantía quienes controlen la prisión preventiva en la audiencia de preparación del juicio oral, antes de que el caso llegue a la etapa de juicio, y solo reservar excepcionalmente para el tribunal colegiado el conocimiento de la mantención o revocación de la medida cautelar, tal como teóricamente ocurre cada seis meses, según lo establece la hipótesis del artículo 145 del Código Procesal Penal⁶⁵¹.

La aplicación concreta del principio de jurisdiccionalidad en relación con el sistema de coerción procesal es el inciso 2º artículo 122 del Código Procesal Penal, el cual ya hemos desarrollado en extenso. Por último, cabe destacar que la excepción a la norma general de que sean los tribunales los que ordenen medidas que priven o restrinjan la libertad personal es aquella en que la ley faculta a la policía o los particulares para practicar la detención en los casos de flagrancia, con el único objeto de que la persona sea conducida ante la autoridad correspondiente, según lo establece el artículo 83, 125, 129, 130 y siguientes de la legislación procesal vigente⁶⁵².

⁶⁵⁰ CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000.

⁶⁵¹ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* pp. 81-83. En estas páginas se expone un fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia (SCA de Valdivia: Rol N° 243-2009. [01 de junio de 2009]), en el cual los ministros reconocieron en su decisión lo complejo que resultaba para los jueces del fondo revisar una medida cautelar, máxime si lo que estaba alegándose era el supuesto material del artículo 140 del Código Procesal Penal. Además, se advertía de los riesgos de transformar este mecanismo en un incentivo perverso para que los intervinientes pudieran posteriormente invocar alguna causal de impugnancia o recusación en contra de los jueces que componen el tribunal.

⁶⁵² La misma idea está enraizada en sistemas comparados del *common law*, en que el ente persecutor requiere acudir al tribunal para ser autorizado a llevar determinadas medidas restrictivas respecto del imputado, salvo las excepciones - “compulsory measures”- mencionadas. AMBOS, K. 2007. *op. cit.* pp. 324-325.

En los fundamentos y límites a las medidas cautelares personales, y en general, en cualquier mecanismo de coerción procesal que signifique afectaciones intensas sobre los derechos del imputado, encontramos las claves para que un proceso pueda ser llevado a cabo en lo que Carolina Villadiego califica como “sin traumatismos”⁶⁵³.

2.2.2.1. Presupuestos de aplicación (humo de buen derecho y peligro en la demora)

Los presupuestos de aplicación o requisitos inderogables que debe cumplir toda providencia cautelar son el *periculum in mora* (peligro en la demora) y el *fumus boni iuris* (aparición de un buen derecho). Es solo a través de estos que es posible justificar la situación de desigualdad jurídica que se produce entre las partes al momento de acogerse la solicitud cautelar en beneficio de una y en perjuicio de otra. En sede penal, es a través de estos mismos requisitos que es posible vincular directamente a la persona imputada con los hechos investigados, sin perjuicio de que exista algunas discrepancias en torno a que algunas medidas cautelares personales no cumplen copulativamente ambos presupuestos habilitantes, como se verá a continuación.

Antes de entrar al análisis de dichos requisitos, es menester señalar que parte de la doctrina agrega como tercer requisito la *caución o contracautela*. Cuando nos referimos al principio de responsabilidad señalamos que si bien la finalidad última de la tutela cautelar era evitar los perjuicios que se pueden producir en el demandante al no poder ver satisfecha su pretensión en forma inmediata, su contrapartida era que el demandado también podría sufrir perjuicios si a pesar de dictarse en su contra una medida cautelar, el actor no conseguía el reconocimiento de su pretensión en la sentencia definitiva. El modo de indemnizar dichos perjuicios en el sujeto pasivo que sufre las consecuencias negativas de las medidas cautelares es mediante una caución. Sin embargo, la admisibilidad de este presupuesto es discutido en la doctrina principalmente porque la regulación legal chilena tanto en el proceso civil como penal no incorpora una norma general de responsabilidad en favor de las víctimas de estos daños, y además, no se considera como requisito indispensable de las medidas cautelares la constitución de una caución que asegure una eventual indemnización de perjuicios, al extremo de que su imposición errónea debe ser incorporada como un coste asociado al patrimonio⁶⁵⁴.

En el proceso civil existen dispersas algunas normas en el Código de Procedimiento Civil en el Título IV “De las medidas prejudiciales” y Título V “De las medidas precautorias” en donde la caución puede ser facultativa (artículo 298 sobre medidas cautelares innominadas) u obligatoria (artículo 299,

⁶⁵³ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* p. 610.

⁶⁵⁴ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* pp. 222-223.

es decir, cuando la caución viene a sustituir la ausencia de los comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama y artículo 279, es decir, cuando el futuro demandante solicita una medida prejudicial precautoria⁶⁵⁵). Empero, como mencionamos anteriormente, en el proceso penal no están previstos mecanismos de contracautela, lo que genera que el imputado se encuentre en absoluta indefensión si en su contra se dicta erróneamente una medida cautelar como la prisión preventiva que luego resulta injustificada porque hacia el final del proceso penal no se arribó a una sentencia condenatoria que declarara su responsabilidad penal.

Dicho esto, la contracautela no forma parte de los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares penales.

A. Peligro en la demora

Este presupuesto de aplicación dice relación con que para que se conceda una medida cautelar se requiere de “la existencia de un peligro inminente de daño jurídico”⁶⁵⁶, de modo tal que si la medida preventiva no es adoptada de inmediato se corre el riesgo de que dicho daño sea haga efectivo⁶⁵⁷ (consecuencia natural derivada del retardo en la dictación de la sentencia definitiva). Por lo tanto, en el *periculum in mora* (que en el ámbito procesal penal se titula *periculum libertatis*⁶⁵⁸) los requisitos que a su vez deben cumplirse son dos: “la demora que viene referida a la duración del proceso, la que es normal y necesaria [en el proceso penal es deseable que así sea, en primer lugar, porque un caso que tenga mérito suficiente para ser llevado a juicio oral requiere una adecuada fase de preparación probatoria y en segundo lugar, porque cuando está en disputa la libertad de un individuo no es conveniente que la decisión se tome al instante]; y en segundo lugar, el daño marginal al de la demora que puede producirse sobre la efectividad de la sentencia del proceso penal”⁶⁵⁹. Es el juez el que tiene como obligación verificar la concurrencia de esta causal en el caso concreto, de acuerdo con “las

⁶⁵⁵ Además de eso, el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil establece que si el futuro demandante en cuyo beneficio se ha otorgado una medida prejudicial precautoria y no cumple las obligaciones de (i) presentar su demanda en el término de 10 días y (ii) solicitar que se mantengan las medidas decretadas, el legislador establece una presunción en su contra haciendo que su comportamiento se considere doloso y pesando sobre este la responsabilidad de los perjuicios ocasionados en contra de quien se decretó esta medida. CHILE. Ministerio de Justicia. 1902. Ley 1.522: Código de Procedimiento Civil, 30 de agosto 1902.

⁶⁵⁶ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 244. En materia civil, Casarino afirma que las medidas precautorias dispuestas por el legislador tienen por objetivo evitar “que el demandante no se vea burlado en sus derechos que pueden ser reconocidos por la sentencia”. CASARINO VITERBO, M. 2005. Manual de derecho procesal. Derecho procesal civil. Sexta edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo III, p. 190.

⁶⁵⁷ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 14; MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 244. En los términos de Maturana: “El principio que justifica la dictación de una providencia cautelar radica en que la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”. MATURANA MIQUEL, C. 2010. *op. cit.* p. 11.

⁶⁵⁸ DEI VECCHI, D. 2013. *op. cit.* p. 198.

⁶⁵⁹ MATURANA MIQUEL, C. 2010. *op. cit.* p. 11.

probanzas de las partes”⁶⁶⁰. La alusión al enunciado lingüístico “probanzas” es muy importante a efectos de no descartar la posibilidad de que en una etapa intermedia al juicio oral sean elementos probatorios - y no simples “antecedentes”- los que establezcan un grado de corroboración a la hipótesis que autoriza a imponer una medida preventiva de aseguramiento.

En materia penal, el peligro en la demora está relacionado con las circunstancias que imposibiliten o dificulten la efectividad de la eventual sentencia condenatoria, es decir, que se frustren los fines procesales. Estas circunstancias se vinculan con actitudes que adopte el imputado de cara al entorpecimiento del procedimiento, como lo sería el riesgo de que se fugue en el transcurso de éste⁶⁶¹ o el peligro de que realice determinadas actuaciones en el desarrollo de las diligencias de investigación que atenten contra el material probatorio idóneo para fundar una acusación penal. Si estas medidas cautelares no se adoptaran en forma inmediata, la efectividad o rendimiento de la sentencia decae ya que se burlaría la ejecución penal de la sentencia condenatoria.

B. Apariencia de buen derecho

Las partes al solicitar la dictación de una providencia cautelar lo hacen porque afirman en su favor la existencia de un derecho que debe ser cautelado. Ahora bien, no basta con reclamar genéricamente la existencia de un derecho, sino que es necesario acreditar a través de la evidencia disponible, el éxito que probablemente va a tener la acción deducida en el juicio de fondo. En las palabras de Juan Carlos Marín: “Lo que en este estadio procesal se debe acreditar es similar a lo que los ingleses denominan a *good arguable case*, es decir, se debe acreditar en una primera aproximación y en sede provisional, que razonablemente hay probabilidades de obtener una sentencia favorable”⁶⁶². Por tanto, lo que se espera del “humo que colorea el buen derecho”, es un juicio de probabilidad -según lo afirma Calamandrei⁶⁶³- de que la apariencia o verosimilitud de la pretensión afirmada será reconocida en la sentencia definitiva⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 246.

⁶⁶¹ Cristián Maturana hace una enumeración de los riesgos que genera el retraso de los procedimientos civiles. Uno de estos riesgos es aquel que “afecta a la posibilidad práctica de ejecución considerara en absoluto”. Si uno pudiera trasladar esta categoría al procedimiento criminal, uno podría decir que el riesgo de fuga del imputado exige una medida de aseguramiento de su persona para ejecutar, en la práctica, la pena. MATURANA MIQUEL, C. 2010. *op. cit.* pp. 11-12.

⁶⁶² MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 251.

⁶⁶³ El jurista habla de “juicio de probabilidad y verosimilitud”. MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 14.

⁶⁶⁴ Calamandrei trata soterradamente de aunar la verosimilitud y probabilidad con la noción de verdad como si fueran conceptos análogos cuando conceptualmente son distintos. Este equívoco conceptual es explicado y duramente criticado por Taruffo, quien ilustra el origen del problema a partir del término alemán *Wahrscheinlichkeit*, el que se traduce erróneamente como “verosimilitud”, no advirtiendo que dicha acepción es parcialmente correcta respecto de un sector del conocimiento, pero no respecto de otros en los que dicho vocablo se define como “probabilidad”. El problema se desencadena cuando ambos significados se reconducen a un solo concepto que no es unívoco: en el primero, “verosimilitud se refiere a algo que tiene la ‘aparición de ser verdadero’, afecta a la alegación del hecho y es una valoración independiente y preliminar respecto al procedimiento probatorio; b) en el segundo sentido, verosimilitud equivale a probabilidad, advirtiendo, sin embargo, que en el

El juicio de probabilidad obedece a lo que Carnelutti llamaba grados o estadios de conocimiento de un juez⁶⁶⁵ y que la dogmática procesal moderna ha pretendido corregir, denominando como elementos de prueba que proporcionan un grado de corroboración de una hipótesis en conflicto condicionada a la superación de un estándar de prueba. De acuerdo con este estadio de conocimiento la apariencia de buen derecho “se sitúa en la zona intermedia entre la incertidumbre que existe a la iniciación de un proceso, en la cual nos podemos encontrar con meras afirmaciones del actor en cuanto a la existencia del derecho invocado, y la certeza acerca de la existencia del derecho que es la requerida para la dictación de la sentencia definitiva”⁶⁶⁶.

Sin embargo, dada la estructura, naturaleza y fines que posee el proceso penal, la cuestión es diferente, porque -siguiendo otra vez a Juan Carlos Marín- el *fumus comisi delicti* no se configura por la probabilidad de obtener en el juicio ordinario una sentencia favorable sino “por la probabilidad de que el sujeto en contra de quién se dirige la investigación haya tenido una participación como autor, cómplice o encubridor en un hecho que reviste caracteres de delito”⁶⁶⁷. En la postura de Diego Dei Vecchi, quien reconduce este requisito a la concepción cautelar de la prisión preventiva, también se requiere *prueba* para tener por acreditado este requisito: “(...) que en el campo del derecho procesal penal suele denominarse *fumus commissi delicti*: la existencia de un determinado caudal probatorio en favor de esa hipótesis acusatoria (i.e la comisión de un delito y la participación del imputado en él)”⁶⁶⁸.

Es importante discutir la noción de prueba en una etapa intermedia donde se debate la procedencia de la solicitud sobre una medida cautelar, dado que su presencia en una etapa que metodológicamente, sistémicamente y teóricamente no está destinada, en principio, a ser producida y rendida, al parecer no sería tan inusual como suele afirmarse a la luz de algunos importantes autores procesalistas. De hecho, si uno revisa el fundamento de la ley procesal civil chilena, la adopción de una

proceso la verosimilitud-probabilidad se usa como “sustituto de la verdad”. (TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 184). Por otra parte, hay una cierta inclinación a “definir la verosimilitud de una aserción como su capacidad para representar una cierta realidad (...) como la “cercanía” de la aserción a la realidad de la que se ocupa. (...)” (*Ibid.* p. 185) situación que es objetada por Taruffo, porque el concepto de probabilidad nada tiene que ver con una “proximidad” a la realidad, sino que está referida “a la existencia de razones para sostener que la aserción es verdadera”. (*Ibid.* p. 186). Además de ello, la verosimilitud no está en condiciones materiales de reemplazar procesalmente a la verdad, ya que en último término, la verdad está asociada a aserciones dotadas “de un cierto grado de aceptabilidad, mientras que la verosimilitud (...) de los grados de certeza que se atribuyen a las aserciones fácticas”. (*Ibid.* p. 197). Es decir, los campos de aplicación de estos conceptos son divergentes y el uso inexacto de los términos puede conllevar a confusiones dañinas para la teoría de la determinación del hecho. Mientras la probabilidad de un enunciado fáctico se vincula a un grado de fundamentación o aceptabilidad de ella sobre el apoyo que puede brindar los elementos de prueba disponibles en el marco de un contexto procesal, la verosimilitud se aleja de las consideraciones probatorias, toda vez que su función es establecer que una proposición fáctica se corresponde con una determinada hipótesis plausible según “el orden ‘normal’ de las cosas, en una situación en la que esa aserción no haya sido sometida todavía a verificación probatoria o demostrativa”. (*Ibid.* p. 188). En definitiva, si la probabilidad incorpora la actividad probatoria, la verosimilitud la descarta. Sobre la noción de probabilidad nos detendremos en el capítulo III.

⁶⁶⁵ MATORANA MIQUEL, C. 2010. *op. cit.* p. 14.

⁶⁶⁶ *Ibid.* p. 15.

⁶⁶⁷ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 14.

⁶⁶⁸ DEI VECCHI, D. 2013. *op. cit.* p. 198.

medida precautoria incorpora como requisito básico que el demandante “acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”⁶⁶⁹. Lo que ha expresado la doctrina procesal nacional al tenor de la historia fidedigna de la disposición en comento, es que no se “exige una plena prueba sino un grado inferior, cual es, una presunción grave del derecho reclamado. Sintomático de ello, según se recordará, es que en el Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1875 se hablaba de *prueba semiplena*, esto es, no de una prueba completa que produzca el pleno convencimiento del juzgador, sino algún grado menor de persuasión”⁶⁷⁰. A renglón seguido, Juan Carlos Marín explica la noción de “comprobantes” en la disposición legal, concluyendo otra vez que dicho enunciado debe entenderse en sentido amplio, es decir, no solo referida a la prueba instrumental sino a cualquier otro medio de prueba⁶⁷¹.

Según establecimos al inicio de esta sección, no todas las formas de coerción procesal que dispone el Código Procesal Penal chileno cumplen ambos requisitos. Así por ejemplo, se critica a la *citación* su naturaleza cautelar por no cumplir con las características fundamentales de toda providencia cautelar. Por un lado, no sería provisional porque al margen de que se dicte la providencia definitiva en el juicio penal principal “se ordena y termina tan pronto el individuo comparece ante el tribunal que expidió la orden”⁶⁷², razón por la cual tampoco sería instrumental. Además, su dictación no es de exclusiva vinculación con el imputado, pudiendo dictarse en contra de terceros (testigos o peritos) so riesgo de ser arrestados hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas, según lo señala el artículo 33 del Código, lo que desnaturaliza completamente el fundamento cautelar de la medida.

Del mismo modo se despliegan algunas críticas en contra de una modalidad de la *detención* - aquella ordenada por el Juez de Garantía denominada como “detención imputativa”⁶⁷³- por omitir el

⁶⁶⁹ Art. 298: “Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”. CHILE. Ministerio de Justicia. 1902. Ley 1.522: Código de Procedimiento Civil, 30 de agosto 1902.

⁶⁷⁰ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 252. En el mismo sentido Casarino, al aseverar que el artículo 298 del texto procesal civil “tiene a darle seriedad a la medida precautoria, pero no implica que deba acompañar elementos de prueba que constituyan demostración completa de su derecho”. CASARINO VITERBO, M. 2005. *op. cit.* p. 196. Es decir, no niega la necesidad de allegar al proceso determinadas probanzas, solo difiere en cuanto al estándar de prueba que el apoyo de dichos elementos probatorios deben superar.

⁶⁷¹ (...) sino que se ha tomado esa acepción como sinónimo de ‘prueba’, ‘medios probatorios’, porque: a) comprobar significa verificar, confirmar una cosa, cotejándola con otra o repitiendo las demostraciones que las prueban y acreditan como cierta; b) porque en los artículos 298 y 299 del Código de procedimiento civil se consulta un régimen amplio de comprobación que va de los instrumentos a cualquier otro medio de prueba (...). MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 253. Sobre la posibilidad de ejercer actividad probatoria en una etapa intermedia el procedimiento penal nos referiremos con detención en el capítulo III.

⁶⁷² MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 20.

⁶⁷³ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 365.

requisito del *fumus boni iuris* que sí estaba incluido en el antiguo Código de Procedimiento Penal⁶⁷⁴. En efecto, lo que dispone el inciso 1° del artículo 127 de la actual legislación vigente es que “el tribunal, a solicitud del ministerio público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada”, no estableciendo elementos serios que permitan construir el juicio de verosimilitud, ni tampoco indicando un criterio que precise adecuadamente bajo qué condiciones una demora o dificultad en la comparecencia justificaría una orden de detención, resultando ambiguo el peligro en la demora⁶⁷⁵. Se agrega además que esta detención cumple el criterio de temporalidad de todas las resoluciones judiciales, más no el de provisionalidad, toda vez que se establece un plazo máximo de veinticuatro horas dentro del cual el imputado puede estar detenido, pero que al cabo de su término, deberá ser inmediatamente puesto en libertad o sometido a otra medida cautelar personal, independiente de que se dicte la resolución principal del juicio que se espera⁶⁷⁶.

Por último, algunos autores como Ortells cuestionan que la detención tenga por objetivo asegurar la viabilidad del procedimiento, puesto que estaría más bien subordinada a la dictación de otras medidas cautelares más severas, como una suerte de *conditio sine qua non* para la ejecución de las mismas⁶⁷⁷.

2.2.3. Prisión preventiva: definición, orígenes y regulación en el sistema procesal chileno

La prisión preventiva es aquella medida cautelar personal de carácter excepcional en la cual podemos percibir con mayor intensidad la tensión que anunciamos en el primer capítulo entre dos intereses político-jurídicos: la necesidad de la persecución penal y la protección de la esfera de libertad de los ciudadanos. En efecto, la prisión preventiva es por antonomasia aquella institución cautelar que compromete más gravemente la libertad personal. Ahora bien, la postura que se adopte a favor o en contra de la prisión preventiva depende al mismo tiempo de la posición que se tome sobre el dilema

⁶⁷⁴ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 24; HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 366.

⁶⁷⁵ La ley N° 20.931 de 2016 amplió las hipótesis de detención, incorporando el inciso 2° y 3° al artículo 127, los que indican, respectivamente: “Además, podrá decretarse la detención del imputado por un hecho al que la ley asigne una pena privativa de libertad de crimen.

Tratándose de hechos a los que la ley asigne las penas de crimen o simple delito, el juez podrá considerar como razón suficiente para ordenar la detención la circunstancia de que el imputado haya concurrido voluntariamente ante el fiscal o la policía, y reconocido voluntariamente su participación en ellos”. CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2016. Ley 20.931: Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, 05 de julio 2016.

⁶⁷⁶ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 25.

⁶⁷⁷ Por lo mismo, este autor estima que la naturaleza de la detención es la de ser una medida *precautelar*. *Ibid.* p. 25.

político-moral planteado⁶⁷⁸: en la medida que se privilegia tutelar la dignidad de las libertades, más rechazo produce la prisión preventiva; a contrario sensu, en la medida que se privilegia la represión estatal de las conductas delictivas, más aceptación produce la prisión preventiva.

La prisión preventiva puede ser definida como la privación por un tiempo indeterminado de la libertad personal de un sujeto al cual se le imputa la comisión de un hecho punible y la participación culpable, en un establecimiento especial diferente de los que se destinan para los condenados, con el objetivo cautelar de asegurar la realización de los fines del procedimiento cuando las demás medidas de aseguramiento son insuficientes para garantizarlos⁶⁷⁹. Otros más radicales prefieren definirla sin tapujos como la “privación de libertad frente a un inocente”⁶⁸⁰.

En lo medular, lo que está en juego en la prisión preventiva es el derecho fundamental a la libertad del imputado. Desde la perspectiva constitucional, la libertad personal “es el derecho que tiene toda persona de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, a trasladarse de un punto a otro dentro del territorio nacional y a salir o entrar a ese territorio, respetando la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”⁶⁸¹. Es decir, la libertad personal está asociada a la libertad ambulatoria o de locomoción y a su garantía de seguridad individual⁶⁸², los cuales son fundamentos intrínsecos del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana dentro de un Estado de Derecho. Por su parte, el tratadista Alejandro Silva Bascuñán define a la libertad como “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”⁶⁸³.

La noción liberal del constitucionalismo clásico concibe a la libertad individual como un derecho de primera generación, caracterizado por su contenido negativo, es decir, abstención, no intervención o ausencia de constricción⁶⁸⁴. En esta dimensión, cualquier restricción arbitraria al titular del derecho subjetivo o al margen de los supuestos previstos por la Constitución y las leyes, es una

⁶⁷⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 217.

⁶⁷⁹ La mayoría de los autores nacionales la conceptualizan de esta forma. MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* pp. 33-34; HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 389; CAROCCA PÉREZ, A. 2005. *op. cit.* p. 165; ORELLANA TORRES, F. 2009. *op. cit.* p. 99. MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* pp. 481-482.

⁶⁸⁰ HASSEMER, W. 1998. *op. cit.* p. 117.

⁶⁸¹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2007. El recurso de amparo, sobre todo considerando que un proyecto de ley regule su tramitación. Revista del centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 5 (N° 2): p. 21. La definición es conforme al artículo 19 n° 7 letra a) de la Constitución Política.

⁶⁸² Alejandro Silva Bascuñán define a la seguridad individual como “el necesario complemento de la libertad personal y consiste en la garantía, que también otorga el ordenamiento jurídico, destinada a impedir que se prive o limite en forma arbitraria la libertad personal y, por lo tanto -como sostuvimos en la citada sesión 106 de la Comisión Ortúzar-, comprende la seguridad de que la persona no sea impedida de actuar en todos los aspectos en que ella quiere desarrollar su actividad, es decir, la certeza de no verse constreñida por ninguna coacción exterior en sus determinaciones y movimientos”. SILVA BASCUÑAN, A. 2008. *op. cit.* p. 117.

⁶⁸³ *Ibíd.* p. 117.

⁶⁸⁴ IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* p. 6. Cabe destacar que la concepción de libertad individual se concibió desde la Revolución Francesa, y según algunos desde mucho antes a partir de la tradición inglesa. BASCUÑAN, A. 2008. *op. cit.* p. 11.

grave afectación al contenido del mismo sobre el cual se fundan además el pleno ejercicio de los demás derechos. No sin razón, la libertad está protegida por las convenciones internacionales de Derechos Humanos⁶⁸⁵.

Ahora bien, el rol de la prisión preventiva en Chile como una de las modalidades de intervención del poder público -la más radical- que hace viable el sistema de enjuiciamiento criminal ha ido variando a lo largo de los años como también ha evolucionado su ligazón con la presunción de inocencia. La lógica del sistema inquisitivo que predominó durante todo el siglo XX asociado a modelos de Estados no democráticos, hizo que la situación del procesado fuera bastante precaria, desde un sistema de prueba legal o tasada basado en reglas de valoración irracional de la prueba e inspirada en una fuerte presunción de culpabilidad, hasta el uso de apremios y tormentos ilegítimos para obtener una confesión falsa, una ejecución degradante de la persona cuando en su contra se aplicaba la prisión preventiva⁶⁸⁶, y la alta frecuencia y duración en que esta medida cautelar fue utilizada⁶⁸⁷. Hay que recordar que en la dilatada etapa de sumario, una vez que el imputado quedaba formalmente sometido a proceso -después de que en gran parte de los casos el inculpado podía estar detenido hasta por 5 días- normalmente se sometía a prisión preventiva, y a pesar de que en algunos casos lograba su libertad, se conculcaban igualmente otros aspectos del derecho (el inculpado no podía salir del país sin autorización, debía comparecer periódicamente ante el tribunal, la resolución de auto de procesamiento quedaba consignada en su prontuario, delitos de mayor gravedad suspendían sus derechos políticos, etc.⁶⁸⁸), situación que constituían para el imputado un gravamen mucho mayor.

Las consecuencias derivadas del influjo de la prisión preventiva arraigada en el acervo cultural del sistema jurídico anterior, sumado a la interpretación judicial extensiva de las causales que habilitan su concesión, fueron muy decisivas para la redacción de un nuevo texto legal procesal que en esta materia mantuvo algunas de las lógicas de actuación del sistema anterior. En lo sustantivo, la forma de ejercer *materialmente* la coerción procesal radicada en la prisión preventiva es similar a la aplicación de una pena, si es que el procedimiento llega a concluir con la dictación de una sentencia condenatoria. En primer lugar, porque el modo de injerencia de los derechos es similar, toda vez que en ambos casos

⁶⁸⁵ Artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 7.1, 7.2 y 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁶⁸⁶ RIEGO RAMÍREZ, C. 2003. *op. cit.* pp. 5-10; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* pp. 94-95.

⁶⁸⁷ Un estudio realizado en el año 1993 en la ciudad de Santiago, arrojó que de un total de 100 expedientes revisados, con 125 personas procesadas, el 92% (es decir, 115 personas en total) fue sometido a prisión preventiva una vez que se dictó el auto de procesamiento. DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* p. 6. En otro estudio elaborado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales realizado en base a 180 causas de 6 juzgados del crimen de Santiago, se obtuvo como resultado “que en el 100% de los casos procesados estuvieron sometidos a prisión preventiva durante algún momento en el desarrollo del proceso”. *Ibid.* p. 6.

⁶⁸⁸ RIEGO RAMÍREZ, C. 2000. *op. cit.* p. 176.

se priva efectivamente la libertad del imputado (siempre que la pena privativa o restrictiva de libertad no sea reemplazada por la aplicación de una pena sustitutiva conforme a la Ley N° 18.216, teniendo presente en todo caso las variaciones que existen actualmente en la ejecución administrativa de la medida coercitiva como también la idea de no confundir su ejecución con el argumento de la anticipación punitiva⁶⁸⁹). En segundo lugar, porque si bien desde el punto de vista de los principios que tuvieron acogida en el nuevo sistema procesal penal, el cambio de paradigma en los tipos de coerción procesal fue significativa, la diferencia en la regulación normativa de la prisión preventiva no fue tan radical de lo que fuera ya en el sistema inquisitivo⁶⁹⁰ y de lo que hoy por hoy es la redacción de los presupuestos legales del estándar de condena, a pesar de que ambas tienen fines diametralmente opuestos.

En efecto, en el sistema inquisitivo regido por el aún vigente Código de Procedimiento Penal de 1906, el juez del crimen podía someter a proceso al reo (la denominada resolución “auto de procesamiento”⁶⁹¹) siempre que previamente declarara la *existencia del delito* y la *existencia de presunciones fundadas* sobre la base de un conjunto de antecedentes probatorios⁶⁹². Con la instauración del sistema acusatorio, si bien los mecanismos de coerción procesal dejaron de ser “el efecto automático del auto de procesamiento, que desaparece, pasando a constituir medidas excepcionales respecto del imputado protegido por la presunción de inocencia”⁶⁹³, no es menos cierto que sus presupuestos materiales - *fummis boni iuris*- siguen siendo el eje sobre el cual se funda la institución. Lo anterior es importante, porque como veremos más adelante, para los defensores de una *tesis no compatibilista* entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva, si se verifica la concurrencia de

⁶⁸⁹ “Ciertamente, la pena privativa de libertad tiene otros presupuestos y otras funciones que la prisión preventiva. Pero también es cierto que la pérdida de la libertad significa para el afectado la máxima injerencia en sus derechos que el sistema penal puede imponerle, y que las diferentes funciones de la prisión en nada alteran la intensidad de esa injerencia”. HASSEMER, W. 1998. *op. cit.* p. 121.

⁶⁹⁰ Según Duce y Riego, las razones de mantención en el sistema actual de las causales de procedencia de la prisión preventiva originadas en el sistema antiguo, se deben en parte a la rígida oposición de hacer un cambio normativo desde la vía constitucional, lo que inevitablemente desembocó en que la lógica del sistema de regulación anterior perdurara casi inalterable. Lo anterior se dio con mayor énfasis en la causal de necesidad de cautela, que ya en la lógica de actuación del sistema antiguo traspasaba los límites de aseguramiento de la persona en la sustanciación del procedimiento. DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* p. 13.

⁶⁹¹ Sectores importantes de la literatura especializada veían en la dictación del auto de procesamiento una “cuasisentencia”. BUSTOS R., J. 1994. Prisión Preventiva y Libertad Provisional. *Revista del Abogado*. Año 1 (N° 2): p. 26.

⁶⁹² DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* pp. 112-113; DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 247.

⁶⁹³ A partir de la antigua declaración del auto de procesamiento, el imputado quedaba sustraído al régimen general de libertades de un Estado de Derecho, pasando a formar parte, dice Duce y Riego, “en uno de sus dos regímenes de control posibles: la prisión preventiva o la libertad provisional”. En la mayoría de los casos, la “encargatoria de reo” era equivalente a tener a la persona privada de libertad, asimilándola a un castigo. DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 247-248. Por lo mismo, durante la discusión de la instauración de un nuevo sistema procesal penal era inconcebible pensar mantener algunas instituciones que eran incompatibles con la presunción de inocencia, tal como queda expresado en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en segundo trámite constitucional sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal: “En el ámbito procesal penal, no estimamos compatible la presunción de inocencia con la anticipación de efectos punitivos, como ocurre en la actualidad en numerosas leyes que otorgan a la calidad de procesado el carácter de inhabilidad para ingresar a determinados empleos o adquirir ciertas calidades”. FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *Responsabilidad Patrimonial del Estado Juez en Chile*. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis., pp. 90-91.

los presupuestos materiales de la prisión preventiva - letra a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal- al mismo tiempo se podría verificar peligrosamente una proyección hipotética de condena anticipada (sin desconocer que la disputa jurídica que el tribunal de fondo debe dirimir en el juicio es la culpabilidad o inocencia del acusado, cuestión que es absolutamente diferente de lo que se resolverá en la prisión preventiva). En efecto, la configuración normativa del estándar de condena del artículo 340 del Código Procesal Penal presenta una notoria similitud en cuanto a los requisitos legales dispuestos para la medida cautelar en comento.

Sobre el mismo punto Mauricio Duce y Cristián Riego apuntan lo problemático de haber mantenido en el nuevo Código las expresiones de un estándar conocido por los operadores jurídicos, lo que ha llevado a algunos autores al extremo de interpretar la regulación cautelar como una forma temprana de acercarse a estándares de condena (posición que por lo demás ni ellos ni nosotros compartimos). En sus palabras: “si al término del juicio oral podemos describir la percepción de los jueces considerando que está acreditada la existencia del delito y que es posible construir presunciones de participación del imputado, diríamos que parece claro que están en condiciones de condenar”⁶⁹⁴.

A. Regulación constitucional y legal

El estatuto normativo de la prisión preventiva arranca de los preceptos contenidos en la Constitución Política de la República. El artículo 19 n° 7 letras b), d) y e) rezan de la siguiente manera:

“La Constitución asegura a todas las personas:

7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.

d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto. (...)

⁶⁹⁴ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 252.

e) *La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla. (...)*⁶⁹⁵.

La reforma constitucional de la Ley N° 20.050 del año 2005 procuró establecer una relación de adecuación y armonía del precepto constitucional con el Código Procesal Penal, eliminando las voces “libertad provisional”⁶⁹⁶, “investigaciones del sumario” o “procesado”, simetría que aún no es completa respecto de las restantes normas si consideramos que la acepción “procesado” aún pervive en la letra i) del n° 7 del artículo 19 N° 3, a propósito de la responsabilidad del Estado- Juez.

La letra e) del precepto constitucional reproducido guarda coherencia y armonía con la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal. Ahora bien, no deja de ser curioso la estrategia jurídica que el poder constituyente originario, a través de la indicación del comisionado Guzmán, tomó al redactar como objetivo procesal “*necesarias para la seguridad de la sociedad*” y no “*peligrosa para la seguridad de la sociedad*”, como sí lo enuncia explícitamente el Código del ramo. El motivo que llevó a redactar de esta manera el precepto constitucional mencionado es que “como el concepto de peligrosidad no se puede utilizar, pues ya no es aceptado por la Ciencia Penal moderna, cree que el concepto de *seguridad de la sociedad* tiene la ventaja de que el legislador comprenda los casos de habitualidad y peligrosidad del delincuente” (página 15)⁶⁹⁷. Con todo, hay que admitir los buenos propósitos, aunque insuficientes, de la última modificación constitucional.

A nivel legal, la prisión preventiva está regulada en el libro I Título V Párrafo 4° del Código Procesal Penal, institución que desde el año 1991 ha sufrido 12 modificaciones legales importantes⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ El precepto en análisis ya estaba incluido en las Constituciones anteriores (1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925) referidos a la libertad bajo fianza. En la Constitución de 1833 ya estaba inmersa la idea de afianzamiento de la persona. SILVA BASCUÑAN, A. 2008. *op. cit.* p. 53. Las cursivas son nuestras.

⁶⁹⁶ La libertad provisional, defendida por el poder constituyente casi como un valor supremo, debido al rechazo que producía en el régimen pretérito algunos delitos inexcusables, era una nota distintiva del sistema inquisitivo que acentuaba el predominio de la presunción de culpabilidad y que prevaleció en gran parte del siglo XX. La pertinencia de esta noción a los efectos de este estudio es que quienes obtenían la libertad provisional era justamente porque antes habían estado en prisión preventiva durante períodos de tiempo que podían variar desde los días hasta meses e inclusive, en los casos más graves, años. Destacados juristas nacionales critican que se conciba a la libertad provisional como un aspecto sustantivo de la libertad personal, en circunstancias que lo que corresponde resaltar es la libertad propiamente tal, y no un resabio histórico de la cultura jurídica autoritaria imperante. BUSTOS R., J. 1994. *op. cit.* p. 25.

⁶⁹⁷ SILVA BASCUÑAN, A. 2008. *op. cit.* p. 61.

⁶⁹⁸ “Desde el año 1991 es posible identificar 8 modificaciones relevantes a las reglas que regulan la prisión preventiva, además de varios proyectos presentados que no prosperaron. Las leyes que han introducido modificaciones son: Ley N° 19.047, de 1991; Ley N° 19.055, de 1991; Ley N° 19.164, de 1992; Ley N° 19.385, de 1995; Ley N° 19.503, de 1997; Ley N° 19.661, de 2000; Ley N° 19.696, de 2000 (nuevo Código Procesal Penal), y Ley N° 20.074, de 2005”. DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 245. Estas son las reformas que apuntan los profesores a la fecha de la publicación de su manual. Para ver el detalle de las diversas leyes que han regulado la prisión preventiva desde 1906 hasta el año 2008, véase también DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* pp. 13-25. Sin embargo, desde el 2005 hasta la actualidad han existido 4 reformas adicionales importantes: Ley N° 20.253, de 2008; Ley N° 20.603, de 2012 (según la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional,

La última fue el año 2016 mediante la Ley N° 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, ley que generó mucha controversia en la opinión pública y que fue difundida políticamente como la “agenda corta anti delincuencia”⁶⁹⁹.

La prisión preventiva está sustentada además de los principios generales que ya describimos, en los principios específicos que se desprenden de su regulación. Entre estos, encontramos el principio de proporcionalidad y de subsidiariedad, que tal como lo hemos dicho, son consistentes con lo resuelto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁰⁰. El primero ya fue estudiado detalladamente; el segundo se refleja en el artículo 139 del Código Procesal Penal que refuerza el carácter excepcional y de última ratio de esta medida:

“Artículo 139.- Procedencia de la prisión preventiva. Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”.

La aplicación subsidiaria de la prisión preventiva se explica por los fundamentos y principios ya analizados, sobre todo por los límites que se establecen al sujetar las medidas restrictivas de los derechos del imputado a la regla de la presunción de inocencia.

Lo que busca el proceso penal es ofrecer una respuesta de calidad. Para ello, es necesario determinar si se dan los supuestos o condiciones que autorizan a que un imputado pueda aplicársele una prisión preventiva. Es por lo mismo que corresponde ahora examinar los presupuestos habilitantes

“la letra b) del Artículo 3 de la Ley 20.603, publicada el 27.06.2012, modifica el presente artículo en el sentido de reemplazar en el inciso cuarto, la oración ‘gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas alternativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley’ por lo siguiente: ‘cumpliendo alguna de las penas sustitutivas a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley’, pero dicha modificación no fue posible hacerla debido a una inconsistencia en el texto”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2017. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0>> [consulta: 06 octubre 2017]); Ley N° 20.813, de 2015; y la Ley N° 20.931, de 2016.

⁶⁹⁹ La ley introduce 53 modificaciones a diversos cuerpos legales, estableciendo además algunos artículos autónomos y disposiciones transitorias. Solo en materia de derecho procesal penal contempló 30 modificaciones al Código. Cabe destacar que la denominación “agenda corta anti delincuencia” no nos resulta poco familiar toda vez que fue la misma con la que se tildó a la modificación legal de año 2008.

⁷⁰⁰ En el caso *Palamara Iribarne v/s Chile* (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Palamara Iribarne v/s Chile*. [22 de noviembre de 2005]), cita Villadiego, la Corte señaló: “La Corte ha establecido en su jurisprudencia que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”. VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* p. 636; V.t. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 359.

de aplicación de la prisión preventiva, a través de los cuales se plasman -no exento de críticas- los requisitos comunes a toda medida cautelar. Para identificar con claridad las discrepancias que se producen en la configuración de los supuestos mencionados, reproduciremos el artículo 140 de la legislación procesal penal vigente⁷⁰¹:

“Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir⁷⁰² fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

⁷⁰¹ El derecho comparado si bien mantiene, en lo medular, los mismos requisitos en cuanto a acreditar el hecho punible y la participación del acusado, ha avanzado doctrinariamente hacia la construcción de estándares cautelares que puedan ser objetivos, aunque todavía siguen siendo ambiguos en lo que se refiere a la determinación de la suficiencia probatoria en la decisión cautelar (no considerando para ello, por ejemplo, el grado o margen de tolerancia de error permitido que va inmerso en esta decisión). Algunos autores se refieren a esto. Así, por ejemplo, en Alemania se exige que exista una “sospecha vehemente” de que el imputado ha participado en la comisión del delito; en Estados Unidos se exige superar el umbral de la “causa probable”. DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* pp. 252-253 (aunque también se habla de “causa probable” para iniciar una investigación penal. NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 76); BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* pp. 469-470. En Estados Unidos, el equivalente a la prisión preventiva es el *bail denial*, el cual también está asentado en corroborar el riesgo que para los fines procesales supone dejar en libertad al acusado. DEI VECCHI, D. 2013. *op. cit.* pp. 200-201. En Argentina, la doctrina es enfática en afirmar que si bien una mera sospecha es suficiente para iniciar diligencias de investigación en contra de un imputado, no lo es en cambio para autorizar en su contra la dictación de una prisión preventiva, sino que se requiere “algo más”. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 160. En Ecuador se requieren “indicios suficientes”; en Colombia se requiere que de los elementos materiales probatorios se pueda “inferir razonablemente la participación”, en Perú también se habla de una estimación “razonable”. Sobre lo anterior, véase DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 36.

⁷⁰² La norma exige una *presunción fundada*, y no un indicio, existiendo una diferencia conceptual entre ellos: “(...) la presunción va de lo conocido a lo desconocido; el indicio, de lo desconocido a lo conocido; que el indicio puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga; en cambio, la presunción judicial siempre es una operación mental posterior que realiza el investigador, en otras palabras, resulta posterior al hecho investigado; y que los indicios deben ser probados, mientras que las presunciones se tienen como probadas y quien las niega debe probar lo contrario”. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 661.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; *cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras*, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

*Para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado*⁷⁰³.

En negrita hemos destacado la última modificación legal al precepto en análisis⁷⁰⁴. No es objeto de esta memoria analizar críticamente los problemas que suscita la Ley N° 20.931 de 2016, pero no podemos soslayar los debates que se generaron en su tramitación desde algunos sectores políticos, operadores jurídicos disidentes y organizaciones no gubernamentales que participaron en la discusión del proyecto de ley. Al respecto, nos ceñiremos brevemente a la pertinencia del nuevo elemento que complementó la causal de peligro para la seguridad de la sociedad. En efecto, la razón que subyace al agregar al inciso 4° del artículo 140 una nueva hipótesis de ponderación de este peligro y su vinculación con el riesgo de fuga, dice relación con la idea de que cotejar la existencia de órdenes de detención pendiente que presenta un imputado podría ser un indicio a tener en cuenta para valorar la puesta en peligro de algunos fines del procedimiento. Esto se originó a propósito de la indicación 50 de los Honorables Senadores señores Espina, Coloma, García, Harboe y Larraín, según consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución⁷⁰⁵. No obstante, a pesar de que la indicación

⁷⁰³ CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000. Las cursivas son nuestras.

⁷⁰⁴ Otra modificación en relación con el cuerpo legal que regula la prisión preventiva es la referida al recurso de apelación del artículo 149 del Código Procesal Penal, ampliando los tipos penales en que el Ministerio Público puede apelar; y el artículo 150 del Código Procesal Penal, que versa sobre la posibilidad de concedan al preso un permiso de salida, previa resolución fundada.

⁷⁰⁵ El Honorable Senador señor Espina señaló en su oportunidad: "(...) el caso que trata la indicación es precisamente el que más preocupa a la población. En efecto, dijo, cómo se le explica a las víctimas atemorizadas que un imputado queda en

legislativa -sometida a votación y aprobada por la unanimidad de los miembros presentes en la Comisión- estaba vinculada al peligro de fuga, quedo en el texto definitivo asociada al peligro para la seguridad de la sociedad.

No nos parece lógica la incorporación de este nuevo criterio puesto que si la finalidad de su incorporación era garantizar la comparecencia del imputado a los futuros actos del procedimiento, todavía queda a salvo la posibilidad de que el tribunal autorice el reemplazo de la prisión preventiva por una caución económica suficiente, según lo establece el artículo 146 del Código Procesal Penal⁷⁰⁶. Las demás objeciones serán expuestas a propósito de la cláusula de peligrosidad como fin ilegítimo de la prisión preventiva.

El último inciso nos parece sobreabundante, porque si bien consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución que las únicas órdenes de detención que deben tenerse en cuenta son aquellas que buscan obtener la comparecencia de la persona ante el juez en calidad de imputado y no otros apremios en virtud de causas judiciales de distinta naturaleza⁷⁰⁷, resulta una obviedad que respecto de terceros que no ostenten esta calidad (testigo, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere), se dispone la medida de arresto, según lo establece el artículo 33 del Código Procesal Penal.

Al margen de esta incorporación, lo cierto es que hace varios años el artículo 140 y siguientes de la legislación procesal, es el criterio jurídico -interpretado a la luz de los principios que lo sustentan- más importante que hoy tienen los tribunales para justificar la concesión o denegación de la prisión preventiva⁷⁰⁸. Los mayores reparos de esta normativa se dan respecto de la llamada “necesidad de cautela” que se consagra en la letra c) del precepto legal. No obstante esto, al momento de la entrada en

libertad durante el proceso, aunque haya contra él diversas órdenes de detención pendientes derivadas de otros delitos”. Por su parte, el Fiscal Nacional “recordó que el inciso cuarto de la disposición vigente ya establece como causal para configurar el peligro para la sociedad el hecho de que sobre el imputado pese una medida cautelar. Precisó que la orden de detención es una medida cautelar, por lo que no observa mayor problema en incorporar la norma que se propone, (...)”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2016. Historia de la Ley N° 20.931. Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. [documento de tramitación legislativa. Segundo informe de Comisión de Constitución]. Santiago, Chile., p. 74.

⁷⁰⁶ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2016. Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada Ley de “Agenda Corta”. [minuta de trabajo elaborada para los defensores penales públicos]. Santiago, Chile., p. 81.

⁷⁰⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2016. *op. cit.* p. 75.

⁷⁰⁸ Es preciso advertir que además de esto los tribunales deben cumplir ciertos requisitos formales en el pronunciamiento de la orden judicial que emiten, en relación a la individualización de la persona que debe ser privada de libertad, el motivo y la indicación de ser conducido de inmediato al establecimiento penitenciario que corresponda, según lo dispone el artículo 154 del texto legal. Del mismo modo, la solicitud de prisión preventiva requiere previamente que se haya formalizado la investigación, que la solicite el Ministerio Público o querellante, que su discusión se ventile en medio de una audiencia con la presencia del fiscal, defensor e imputado y que el caso no se encuentre contemplado dentro de las hipótesis de improcedencia de la prisión preventiva, de conformidad al artículo 141 del Código del ramo.

vigencia del nuevo cuerpo legal que sentaría las bases del actual modelo acusatorio, la doctrina en general no puso mayores objeciones en cuanto a las pautas objetivas en las cuales debe fundarse, en cada caso concreto, esta medida cautelar personal⁷⁰⁹. Las razones que justifican la mantención de este instituto cautelar en la larga tradición jurídica se explica por querer conservar una regla sumamente conocida y captada -desde el sistema inquisitivo- por los tribunales y los operadores jurídicos del sistema procesal penal⁷¹⁰. Por otra parte, a pesar de las críticas que pudiéramos exponer, la forma en que nuestro Código Procesal Penal regula los elementos de la necesidad de cautela no es nada muy distinto a los criterios que introducen las legislaciones procesales en los demás países de la región Latinoamericana⁷¹¹.

Respecto de los supuestos materiales (artículo 140 letra a y b), la explicación que nos entrega la doctrina procesal chilena responde a lo que anteriormente veníamos denunciando sobre la ausencia de una *justificación externa* en la fundamentación de este tipo de resoluciones. En efecto, el enfoque que pretendemos esbozar en cuanto a estos requisitos y que se ha instalado paulatinamente en gran parte de los operadores jurídicos, devela a nuestro juicio las causas de los defectos de motivación del cual adolece la concesión o denegación de la prisión preventiva.

Así por ejemplo, los profesores Mauricio Duce y Cristián Riego ilustran que el sentido de lo que busca la disposición legal es acreditar “la existencia de una imputación suficientemente seria, respaldada en antecedentes sólidos que permitan proyectar la realización de un juicio y una eventual sentencia condenatoria”⁷¹². En este sentido, lo que expresan los autores es que la función del juez está limitada a verificar, mediante los antecedentes que el fiscal relata, una imputación precisa donde se pueda identificar la seriedad de los cargos. De este modo, una apreciación temprana, preliminar y “necesariamente superficial”⁷¹³ de la información que el fiscal provee y que luego la defensa -

⁷⁰⁹ Baste con señalar la exposición del profesor Maturana en un seminario de discusión académica del año 2002: “Creemos que los motivos que constituyen el *periculum in mora* para decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar de menos entidad establecidos en la Carta Fundamental son los correctos, aun cuando se discrepe de ellos por parte de alguna parte de la doctrina penal. (...) Creemos que la precisión del alcance del peligro para la investigación que se verifica en el artículo 140 es el correcto. Igualmente, creemos que la necesidad para la seguridad del ofendido, que se precisa en el art. 140 del N.C.P.P., es el correcto. (...) Finalmente, con relación a la seguridad de la sociedad, creemos que la concepción de pretender huir de la acción de la justicia es correcta y que los factores que se contemplan para su ponderación en cuanto a su concurrencia en el inciso 3 del art. 140 son todos acertados, menos el de haber actuado en grupo o pandilla”. MATURANA MIQUEL, C. 2002. *op. cit.* p. 89. En el mismo sentido, Juan Carlos Marín, quien en su concepción “se puede apreciar que la mayoría de los criterios que se contemplan para decretar la prisión preventiva coinciden con los fines procesales que la doctrina reconoce a esta institución. Si bien, el concepto de peligro para la seguridad del ofendido se aleja de esta situación, ello se ve moderado por la inmediata aplicación de una serie de principios que rigen en esta materia (...)”. MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 39.

⁷¹⁰ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 252.

⁷¹¹ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 44.

⁷¹² DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 251.

⁷¹³ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 37.

amparado en el principio de la contradicción- buscará desvirtuar, tiene por finalidad establecer “los elementos necesarios que permitan fundamentar los cargos de un modo suficientemente convincente”⁷¹⁴. Esto permitirá aparentemente llevar el caso a un juicio con una alta probabilidad de éxito; de otro modo, no habría mayores razones para solicitar que se decrete en contra del imputado la medida de coerción procesal más gravosa del sistema.

La pregunta que surge y que pone objeciones a la tesis expuesta, es la misma que hemos venido reiterando en páginas anteriores: ¿Bajo qué supuestos o condiciones los antecedentes que presentará el fiscal pueden considerarse suficientemente acreditados o “suficientemente convincentes” para justificar la concesión de una prisión preventiva? ¿Basta con relatar varios antecedentes para tener por suficientemente determinada la decisión judicial o se puede satisfacer el presupuesto material con solo un antecedente? ¿Cuándo podemos concluir que el Juez de Garantía está frente a una imputación “suficientemente seria”? Nuestra opinión preliminar es que las reglas que ofrece la actual legislación procesal no autorizan a responder esta pregunta, y por lo mismo observamos permanentemente problemas en la fundamentación de la resolución judicial que concede o deniega una prisión preventiva. La identificación de este problema es lo que motiva el curso de esta investigación y que constituye la principal razón para plantear una discusión sobre la posibilidad de construir una nueva regla que complemente los estándares de suficiencia probatoria del artículo 140 del Código Procesal Penal.

2.2.3.1. Necesidad de cautela: finalidades legítimas e ilegítimas

¿Qué es lo que debe evaluar el juez en una audiencia en la que le presenta una solicitud de prisión preventiva?

La ley procesal penal ordena que en el caso concreto el juez deba resolver si se encuentran debidamente *acreditados* los presupuestos materiales y la necesidad de cautela. Es decir, una persona a la que las reglas del sistema procesal la obligan a tenerla por inocente, tiene el derecho a permanecer en libertad a menos que existan buenas razones de orden jurídico-procesal que, asegurando la realización de los objetivos del procedimiento, justifiquen su encierro preventivo. Esas buenas razones han sido puestas en tela de juicio por la doctrina al cuestionar los criterios de legitimidad en que se fundan los peligros procesales que se pretenden cautelar, máxime si las normas legales están impregnadas de elecciones político-valorativas (piénsese en expresiones como “peligro para la seguridad de la sociedad” o “peligro para la seguridad del ofendido”) que previamente el ordenamiento jurídico ha

⁷¹⁴ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 252.

fijado. En efecto, la cuestión se complejiza cuando la norma que identifica el hecho a probar [letra a) y b)] está teñida por un tipo de valoración [letra c)] que determina las características del hecho que es objeto de prueba y cuya verificación atribuirá las consecuencias jurídicas previstas en la norma aplicable⁷¹⁵. La vaguedad de estas nociones no están siempre vinculadas con el supuesto de hecho condicionante de la norma (letra a y b) pero introduce elementos de imprecisión que complejizan el razonamiento judicial. En último término, el obligado a superar esta ambigüedad y calificar racionalmente la valoración del hecho individualizado conforme a las preferencias que el sistema jurídico ha escogido, es el órgano jurisdiccional.

Determinar la necesidad de cautela como causal legal de la prisión preventiva nos reconduce nuevamente a la idea de ponderación que surge del principio de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, el juez debe evaluar, por un lado, el riesgo de que un imputado enfrente el proceso penal en libertad, y por el otro, afirmando la existencia de dichos riesgos, ponderar la eficacia de las providencias cautelares para mitigar la amenaza de que se concreten esos riesgos en el proceso⁷¹⁶. Esto es algo que en definitiva concierne a la *justificación externa* de la premisa normativa expresada en la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal. En la tesis de Diego Dei Vecchi, lo que se analiza aquí es “la justificación de la norma que dispone que en ciertas circunstancias, ciertos individuos, deban ser encarcelados durante el proceso penal”⁷¹⁷.

A continuación, aludiremos a los argumentos más recurrentes que ha instalado la ciencia procesal moderna en torno a las finalidades que legitiman y deslegitiman la *necesidad de cautela* (“peligro en la demora”) como presupuesto de aplicación de la prisión preventiva. Dividir los argumentos en dos, incluso cuando se trata de una misma finalidad, es una clara señal de que contrario a lo que se cree, no hay hasta el día de hoy un consenso jurídico en torno a la materia.

A. Finalidades legítimas⁷¹⁸

⁷¹⁵ “(...) ya que, en realidad, está formada de dos enunciaciones: una de ellas afirma que el hecho ha ocurrido, la otra, que ese hecho tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración. (...) En otras palabras, sólo puede ser objeto de prueba la enunciación *descriptiva* referida a la existencia de una determinada ocurrencia, no así la enunciación *valorativa* que califica esa ocurrencia de una determinada forma”. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 129. En nuestra opinión, la enunciación valorativa sólo puede ser objeto de un ejercicio de argumentación. En una posición contraria, García Amado sostiene que este tipo de hechos “valorativamente calificados” a pesar de su complejidad, sí están dentro de la categoría de hecho a probar. GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 45.

⁷¹⁶ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 251.

⁷¹⁷ DEI VECCHI, D. 2013. *op. cit.* p. 191.

⁷¹⁸ Perfecto Andrés Ibáñez, asume que los que defienden los argumentos legitimadores de la prisión preventiva que están ligados a la necesidad de cautela, lo hacen con cierto dejo de malestar (v. gr. Illuminati, Carrara). En efecto, presentan a la prisión preventiva como algo injusto o inicuo, pero de una injusticia absolutamente necesaria. IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* pp. 7-8.

Al calificarlas como legítimas, lo que queremos expresar es que son aquellas finalidades que tradicionalmente se han aceptado por la doctrina por estar vinculadas intrínsecamente a la naturaleza cautelar de la prisión preventiva. Entre los objetivos procesales que se aceptan para imponer justificadamente esta medida cautelar se encuentran los siguientes:

(i) Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal (especialmente en el juicio) y la eventual ejecución de pena.

Este argumento fue desarrollado en el punto 2.2.2. y es legitimado tanto en el ordenamiento nacional⁷¹⁹ como comparado⁷²⁰ y en el sistema interamericano de Derechos Humanos⁷²¹. De hecho, tal como lo dijimos en una sección anterior, esta es una de las pocas finalidades que curiosamente el Código consagró expresamente como fin del procedimiento en la regulación legal de la prisión preventiva (artículo 146 del Código Procesal Penal). Resulta complejo encontrar otra norma más categórica que ésta.

Lo que subyace detrás de este argumento es la premisa básica de que no puede juzgarse a una persona en su ausencia. La única forma de poder justificar la irrogación de un mal expresado en la imposición de una pena es teniendo a disposición del juez al protagonista que se verá afectado por la pena, sin el cual la garantía del juicio previo deviene en imposible. No por nada, una de las causales para decretar el sobreseimiento temporal de una causa es la declaración de rebeldía del imputado por no ser habido (artículo 252 letra a) del Código Procesal Penal), el que puede transformarse incluso en el sobreseimiento definitivo del procedimiento en la audiencia de preparación de juicio oral, según el mérito de lo obrado (artículo 101 del Código Procesal Penal).

Luego, si el acusado respecto del cual se estableció la responsabilidad penal por la comisión de un delito no está disponible, malamente podría ejecutarse en su contra la sentencia definitiva. Por ello, asegurar a la persona del imputado para garantizar la eventual ejecución de la pena tiene sentido sobre todo en la etapa del juicio⁷²². De hecho es aquí donde realmente se pone en vigencia el estatuto primitivo de inocencia del cual goza el imputado, según veremos más adelante.

(ii) Aseguramiento de pruebas: evitar la alteración, destrucción o modificación de los elementos probatorios mediante los cuales el ente persecutor pretende superar el estándar legal de condena.

⁷¹⁹ TAVOLARI, R. 2005. *op. cit.* p. 404.

⁷²⁰ En Alemania, Roxin asocia la prisión preventiva a estos objetivos. Lo mismo Calamandrei en Italia y Barona Villar en España (según explica Juan Carlos Marín). MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 32.

⁷²¹ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* p. 611.

⁷²² IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* p. 11.

Al igual como se expresó en el argumento anterior, este fin también es considerado plausible en el derecho interno⁷²³ como comparado⁷²⁴. La doctrina ha llamado a este tipo de riesgo procesal como “peligro de oscurecimiento”⁷²⁵.

En un escenario de incertidumbre fáctica, el esclarecimiento de la verdad es el fin pretendidamente epistémico en el que se afina el proceso. La prueba es justamente el mecanismo que provee el ordenamiento jurídico para corroborar o descartar las aserciones fácticas contenidas en las hipótesis que se proponen justificar en el procedimiento⁷²⁶. Si se obstaculiza la investigación alterando, ocultando o destruyendo la información disponible que posibilita que el proceso ofrezca una respuesta de calidad, entonces se está entorpeciendo gravemente la consecución de la verdad. En síntesis, cualquier acción que dificulte la investigación atenta contra la averiguación de la verdad, que es la finalidad última del proceso.

Según el artículo 140 del Código Procesal Penal, no basta con una simple intuición infundada de que el imputado podría estar interesado en entorpecer las diligencias de investigación del ente persecutor, sino que se requiere específicamente que la sospecha de dicha conducta sea *grave* y *fundada*, y se tenga claridad sobre el *modo de actuación* (ya sea destruyendo, modificando, ocultando o falsificando los elementos de prueba o induciendo a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente) que el imputado ejecutará para frustrar el éxito de la investigación⁷²⁷. Es decir, el estándar basado en la sospecha es doblemente exigente, porque dos son las condiciones copulativas que deben cumplirse. Sin embargo, se evidencia nuevamente el problema de la indeterminación en el grado o entidad de la sospecha (¿cuándo el grado de sospecha se va a considerar suficientemente “alto” para colegir su gravedad?), y en la serie de condiciones que deben satisfacerse para que dicha sospecha pueda tenerse por fundada. En cualquier caso, el solo desarrollo de la investigación no puede ser suficiente para autorizar la restricción de la libertad del imputado.

Es evidente que en este caso, la extensión de la prisión preventiva va a durar hasta que se asegure que el imputado no tiene la capacidad para intervenir o manipular negativamente la prueba de

⁷²³ VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 61.

⁷²⁴ HASSEMER, W. 1998. *op. cit.* p. 119; IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* p. 9; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 224; BUSTAMANTE RÚA, M. 2012. *op. cit.* p. 23.

⁷²⁵ TAVOLARI, R. 2005. *op. cit.* p. 404.

⁷²⁶ En una aproximación al concepto de prueba, Taruffo la define como “elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigida a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos”. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 327.

⁷²⁷ Ignacio Castillo Val distingue entre una “evidencia sintetizada” y una “evidencia completa”. Todos los agentes del proceso penal (fiscales, policías, defensores, imputados, testigos, peritos, víctimas) tienen incentivos perversos para manipular y moldear la evidencia a las propias necesidades. En este sentido, es habitual que la “evidencia completa” sufra algún grado de deformación acorde a los intereses de los intervinientes en el proceso. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* pp. 256-257.

cargo o se impida efectivamente las posibilidades de que contamine maliciosamente las fuentes de prueba⁷²⁸. En este sentido, una vez que desaparecen los riesgos de afectación de las probanzas, es razonable que deba alzarse la medida cautelar. Ahora bien, hay que ser cautos de no caer en el error de que por proteger los elementos probatorios que fundarían una acusación sólida cuyo objetivo es ser presentada con éxito en un juicio oral, se llegue al extremo de amenazar el derecho de defensa del imputado (piénsese en los casos en que el mismo imputado pudiera tener interés de producir y rendir su propia prueba, a pesar de que no está obligado legalmente a hacerlo).

(iii) Evitar el peligro de fuga del imputado.

La lógica detrás de esta finalidad es la siguiente: a mayor gravedad del delito perseguido, las consecuencias jurídico penales (irrogación del mal mediante la pena) son más intensas, y por lo tanto, mayores los incentivos del imputado a no querer enfrentar el proceso penal, lo que lo llevaría a barajar algunas opciones que le permitieran eludir la acción de la justicia⁷²⁹. Por lo mismo, evitar la obstrucción del procedimiento que se ocasiona con motivo de la fuga del imputado, es una de las finalidades que en opinión de la doctrina mayoritaria nacional, comparada⁷³⁰ y la jurisprudencia internacional⁷³¹, más se acerca a la naturaleza cautelar de este instituto. En efecto, si la regla es subordinar la prisión preventiva a la protección de riesgos procesales efectivos, la fuga del imputado es uno de los riesgos más palmarios que se requieren mitigar, toda vez que sin su presencia el juicio no se puede realizar. Como se puede apreciar, este peligro procesal está íntimamente vinculado con garantizar la comparecencia del imputado a la sustanciación futura del procedimiento y al cumplimiento efectivo de la eventual sentencia condenatoria.

En este sentido, el peligro concreto de fuga, viaje o ausencia (los diferentes enunciados lingüísticos no alteran el genuino sentido cautelar⁷³²) del imputado a los actos del procedimiento es plenamente justificable. Primero, por una cuestión de sentido común: si no está disponible la persona del imputado a efectos de discutir una medida cautelar, malamente podríamos pensar que sí lo estará

⁷²⁸ Por lo mismo, algunos autores proponen que si la prueba está asegurada pero aún se mantiene algún grado de peligro que pudiera afectarla, es posible buscar vías alternativas menos gravosas para proteger su contenido, por ejemplo, mediante la práctica anticipada de la prueba. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 225.

⁷²⁹ Ferrajoli, detractor tenaz a la posibilidad de compatibilizar la prisión preventiva con un modelo procesal cognoscitivo y garantista, da espacio a la discusión de esta finalidad -a pesar que termina por rechazarla por infundada- reconociendo que el fundamento de la “función cautelar final” del peligro de fuga está no tanto por el temor a la imposición de la pena, sino más bien por el miedo que produce la forma usual en que se ejecuta la prisión preventiva (el argumento evidentemente está situado dentro de un contexto procesal inquisitivo). FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 558; IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* p. 12. Ferrer se adhiere a este argumento añadiendo que lo que empuja al acusado a huir es el miedo a ser encarcelado preventivamente sin poder defenderse. FERRER, J. 2010b. *op. cit.* p. 10.

⁷³⁰ MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* p. 495; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 224.

⁷³¹ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* pp. 610-611.

⁷³² VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 61.

cuando se trate de discutir su culpabilidad o inocencia en el juicio oral. En segundo lugar, porque solamente garantizando la viabilidad del procedimiento mediante la disponibilidad del imputado en el mismo, podemos lograr el cometido de la averiguación de la verdad⁷³³. En tercer lugar, la fuga del imputado, a pesar de que más adelante pueda ser capturado y el juicio igualmente se realice, “eleva los costos del sistema, lo deslegitima a los ojos del público, genera todo tipo de problemas organizativos y, finalmente, contribuye también a elevar la presión hacia el uso de la prisión preventiva como anticipación de pena”⁷³⁴.

Por otro lado, la fuga del imputado pone en riesgo la efectividad del derecho de defensa⁷³⁵. En efecto, solo aquel que es objeto de una imputación jurídico-penal puede ejercer su derecho a controvertir dicha imputación con los mecanismos que le provee la ley, cuestión que solo será posible fácticamente si es que el imputado se presenta a los actos del procedimiento.

En la práctica procesal, la constatación efectiva por parte del juez del peligro de fuga exige tener en cuenta, a partir de la gravedad del delito y de la pena probable que arriesga el imputado, las circunstancias particulares que rodean al caso concreto y a la persona misma del imputado. Por ejemplo, es común que en las audiencias sobre medidas cautelares la defensa presente determinados antecedentes de arraigo social del imputado (si tiene trabajo, si tiene domicilio permanente, si tiene vínculos afectivos, si tiene inmuebles de su propiedad, entre otros) para justificar en el caso concreto que el imputado aparece dando garantías suficientes de que en el futuro se puede contar con su presencia y que no le interesa eludir la acción de la justicia.

Sin perjuicio de lo reproducido anteriormente, parte de la doctrina niega que el peligro de fuga tenga una naturaleza estrictamente cautelar. La explicación a nuestro juicio puede deberse, entre otras cosas, a que no fue sino hasta la reforma legal del año 2008 que se tuvo claridad de que el peligro de fuga podía ser considerado un peligro autónomo, específico y digno de proteger. En el diseño del texto normativo anterior a la modificación de la Ley N° 20.253, este peligro no constituía una justificación general de la prisión preventiva, sino que se encontraba implícito en la cláusula de “peligro para la seguridad de la sociedad”⁷³⁶ o en opinión de otro sector de la doctrina, estaba sujeta a que el imputado no hubiese comparecido a alguna actuación del procedimiento en que hubiese estado previamente citado⁷³⁷. Si aquel estaba reconocido tácitamente -antes de su inclusión legal expresa- dentro del

⁷³³ HASSEMER, W. 1998. *op. cit.* pp. 115-116.

⁷³⁴ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 261. Ferrajoli señala que en una sociedad globalizada donde la difusión de información es cada vez más vertiginosa, se acrecientan las trabas que imposibilitan que las fugas sean definitivas, razón por la cual no se justificaría imponer la prisión preventiva por esta finalidad. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 559.

⁷³⁵ DEI VECCHI, D. 2013. *op. cit.* pp. 210-211.

⁷³⁶ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 63.

⁷³⁷ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* pp. 411-412.

peligro de la seguridad de la sociedad, y esta última es una finalidad que la literatura especializada ha calificado como ilegítima, no podía menos que ser considerada también como un objetivo cautelar ilegítimo. No obstante este reproche, la única forma de darle sentido constitucional a esta nueva causal, en la tesis de Riego y Duce, es vincularla al peligro de seguridad de la sociedad, porque la fuga individualmente considerada no está incluida explícitamente dentro de las finalidades de la prisión preventiva del artículo 19 n° 7 letra e) de la Constitución. Entenderla de otro modo, significaría vulnerar el contenido esencial del derecho a la libertad personal en una hipótesis que el poder constituyente no ha autorizado (artículo 19 n° 26 de la Constitución)⁷³⁸.

Este último argumento será complementado cuando nos refiramos a las finalidades que intrínsecamente no cautelan peligros procesales.

B. Finalidades ilegítimas

Son aquellas que aparecen a los ojos del ciudadano común como legítimas, pero que en realidad son procesalmente infundadas, toda vez que hacen suyas -en su mayoría- objetivos de naturaleza punitiva y no estrictamente cautelar. En síntesis, lo que hacen estas finalidades es tornar irrelevante el sentido por el cual se instaura el concepto de proceso.

Entre los objetivos que se rechazan como justificación de la prisión preventiva se encuentran los siguientes:

(i) Aseguramiento de pruebas: evitar la alteración, destrucción o modificación de los elementos probatorios mediante los cuales el ente persecutor pretende superar el estándar legal de condena.

Este es quizás el caso más complejo, puesto que no obstante ser un objetivo mayoritariamente aceptado por la doctrina procesal y la jurisprudencia, hay algunos sectores que son reticentes a considerar que la alteración de la evidencia probatoria disponible pueda ser un fin legítimo. Las razones que se aducen para cuestionar la legitimidad de esta finalidad están motivadas en el deseo de conjurar aquel prejuicio social por el cual el imputado (y sólo él) estaría interesado en alterar los elementos probatorios que lo incriminan, en circunstancias que cualquier persona podría, *a priori*, hacerlo. Asociar intuitivamente la noción de prueba con imputado, supone *ex ante* establecer un enlace lógico entre éste y el delito, cuestión que sugiere enfocar tendenciosamente la mirada del

⁷³⁸ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 53.

procedimiento desde la óptica de la presunción de culpabilidad, antes que medie el juicio que la declare como tal⁷³⁹.

Además de ello, esta finalidad deviene en problemática cuando se confunde la sospecha de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación con comportamientos que pueden quedar comprendidos por el derecho a la defensa⁷⁴⁰. Recordemos que el imputado, si lo considerare necesario - puesto que no está obligado por la presunción de inocencia en su vertiente de regla de prueba-, puede producir y preparar su propia prueba para enervar la acusación jurídico-penal que se le dirige en su contra⁷⁴¹. En este mismo sentido, Ferrajoli se opone a la prisión preventiva en este supuesto recordando que desde un prisma no inquisitivo del sistema procesal, el interrogatorio o derecho a declarar del imputado es un medio de defensa destinado a desvirtuar la imputación jurídico-penal, derecho que no puede ser coartado anticipadamente⁷⁴².

(ii) *Peligro de fuga.*

En esta finalidad se da la misma paradoja que la finalidad anterior. A pesar de ser un serio objetivo cautelar ampliamente reconocido por la literatura especializada, existen algunas voces disidentes con ella. Baste con citar la célebre frase de Jordi Ferrer de que “el inocente no se *fuga*, sino que *viaja*”⁷⁴³, para restarle mérito al argumento que subyace a esta causal. Es decir, si el inocente *viaja*, es porque el culpable se *fuga*, y solo tendría sentido conceptual fugarse cuando en su contra se dictara una sentencia condenatoria y no fuere habido en el momento de ejecución de la pena⁷⁴⁴. También tendría sentido, en un caso más extremo, si cumpliendo efectivamente la pena, el preso la quebrantare y se *fugare*.

Un argumento adicional esbozado por Perfecto Andrés Ibáñez que cuestionaría la “pureza” cautelar de esta finalidad, es que el peligro procesal de fuga no puede ser evaluado por sí mismo, sino que está condicionado por una serie de elementos que se vinculan a otras finalidades de defensa social⁷⁴⁵. El ejemplo es más o menos el siguiente: si se trata de un delito robo con violencia (crimen) perpetrado por tres imputados (actuar en grupo o pandilla) que no gozan de irreprochable conducta anterior, arriesgan una pena efectiva de cárcel, por lo que habrán fuertes incentivos a que estos pudieran escapar de la acción de la justicia. Si uno se fija, las circunstancias enunciadas que podría

⁷³⁹ FERRER, J. 2010b. *op. cit.* p. 10; VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* pp. 60-61.

⁷⁴⁰ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 257.

⁷⁴¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* pp. 221-22.

⁷⁴² FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 557.

⁷⁴³ FERRER, J. 2010b. *op. cit.* p. 10.

⁷⁴⁴ VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 61.

⁷⁴⁵ IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* p. 13.

tener en cuenta el tribunal están asociadas con la causal “peligro para la seguridad de la sociedad” (fin ilegítimo) que es reconducida a la causal “peligro de fuga” (fin legítimo), lo que permite colegir que éste último no puede operar por sí solo.

Entre nosotros, esta lógica de pensamiento ha sido propuesta por insignes procesalistas como Juan Carlos Marín. En efecto, asumiendo que los criterios fundados en la peligrosidad del imputado han sido resistidos por la doctrina procesal mayoritaria, arguye que no es un criterio que pueda ser analizado aisladamente, sino que requiere ser matizado por los mismos elementos que entrega el legislador en el inciso 4° del artículo 140 del Código para que el juez pueda ponderar. En su opinión, lo que hay detrás de estos indicios es la sospecha de la probable fuga del imputado, peligro que se busca aplacar. Este razonamiento lo lleva a interpretar -forzadamente- la norma para reconducir este deslegitimado criterio (seguridad de la sociedad o defensa social) a fines cautelares ampliamente tolerados (peligro de fuga), como lo sería asegurar la comparecencia del imputado al juicio y al cumplimiento de la pena⁷⁴⁶. No sin razón, Riego y Duce ponen énfasis en que el mismo cuerpo legal en la parte final de la letra c) del artículo 140 establece que la forma de apreciar en concreto la configuración del peligro de fuga es “conforme a la disposición de los incisos siguientes”⁷⁴⁷, que precisamente están referidos al peligro de la seguridad de la sociedad.

(iii) Seguridad de la sociedad y del ofendido: reincidencia, alarma pública, defensa social

Esta es quizás la finalidad más controvertida y que más reticencia ha proyectado en la doctrina procesal moderna, dado que las razones que la justifican son difícilmente conciliables con la lógica de actuación de la prisión preventiva. En efecto, soterradamente van envueltos en su fundamento la satisfacción de consideraciones punitivas, de defensa social e seguridad ciudadana, que no son propiamente consideraciones de naturaleza cautelar.

La explicación encuentra su origen espurio en el Acta Constitucional N° 3 de 1976 que fundó las bases de lo que sería luego la creación de la Constitución Política de 1980, la cual estipuló el peligro para la seguridad de la sociedad como una hipótesis de la prisión preventiva y que posteriormente fue concretizada normativamente en el Código de Procedimiento Penal y reproducida automáticamente por el actual Código Procesal Penal⁷⁴⁸. Mauricio Duce y Cristián Riego enseñan que

⁷⁴⁶ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 38. En opinión de Horvitz y López, este esfuerzo interpretativo que hace Marín para equiparar el peligro de la seguridad de la sociedad al peligro de fuga, excluyendo con ello el peligro de reincidencia, es admirable pero no logra convencer, considerando lo enraizado que se encuentra en la cultura jurídica asociar la protección de la seguridad de la sociedad con la evitación de la reiteración delictiva. HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* pp. 415-416.

⁷⁴⁷ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 64.

⁷⁴⁸ DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* p. 3.

“el contenido de la causal se refería a dos situaciones distintas, una era la de peligro de que el imputado eludiera la acción de la justicia y la segunda la de que continuara delinquiendo”⁷⁴⁹. La primera dimensión fue afirmada recientemente en el apartado anterior. La segunda, es la que conlleva mayores dificultades teóricas.

El argumento es el siguiente y es desarrollado de una forma sencilla por Ferrer. Resulta, al menos, teóricamente contradictorio sostener que el imputado que enfrenta un proceso penal debe ser tratado por el ordenamiento jurídico y sus interlocutores como inocente (presunción de inocencia como regla de trato) y al mismo tiempo, imponer en su contra la prisión preventiva con miras a evitar futuros comportamientos delictivos, es decir, evitar su reiteración delictiva. Para reincidir, es decir, volver a incidir en una conducta punible, dice Ferrer: “hay que haber incidido ya en él, que es justo lo que la presunción de inocencia obliga a presumir que no se ha hecho”⁷⁵⁰. Lo cierto es que sólo hacia el final del proceso -y no antes, que es el momento específico donde se priva preventivamente la libertad del individuo- podremos determinar efectivamente si el imputado *incidió*, es decir, cometió o no el delito.

En el peligro de cautelar la seguridad de la sociedad subyace, a decir verdad, la idea de evitar el peligro de reincidencia. Este es lo que el alemán Hassemer llama un “*fundamento apócrifo*”⁷⁵¹ porque el objetivo de evitar el riesgo de la comisión de nuevos delitos es algo que se aleja del sentido cautelar de la institución. Antes bien, la construcción jurídica se halla bajo el yugo de criterios de prevención especial, y por lo tanto, hacerse parte de un conjunto de razones de este tipo junto con poner en entredicho la validez de la presunción de inocencia, lo que hace es acercar peligrosamente la medida cautelar a los fines punitivos o a las medidas de seguridad⁷⁵². Si uno revisa el precepto legal, la intención del legislador democrático al enumerar una serie de factores que el juez debe apreciar en el caso concreto, fue concretizar el contenido normativo de esta causal a fin de mitigar los peligros que encierra la abstracción de normas de textura abierta (“peligro para la seguridad de la sociedad”). En nuestra opinión, las consecuencias de adoptar esta posición fueron peores, porque criterios como “número de delitos, carácter de los mismos, actuar en grupo o pandilla, antecedentes penales pretéritos”, confirman la premisa de que mediante elementos que presumen el peligro procesal se busca ilegítimamente adelantar objetivos del derecho penal material⁷⁵³, y además de ello, obliga a los

⁷⁴⁹ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 258. Los autores explican que a pesar de que en el Código de Procedimiento Penal existieron sucesivas reformas que versaron sobre la causal señalada, éstas nunca se pronunciaron con precisión sobre el contenido específico de la misma. Esto conllevó a que la ambigüedad del término se traspasara al Código Procesal Penal. *Ibid.* p. 260.

⁷⁵⁰ FERRER, J. 2010b. *op. cit.* p. 9; VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 60.

⁷⁵¹ HASSEMER, W. 1998. *op. cit.* p. 111.

⁷⁵² DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 263; MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* pp. 495-496.

⁷⁵³ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 416. A su turno, Jonatan Valenzuela da cuenta de otros vicios de los cuales adolece la regulación al orientarse, tendenciosamente, en la dirección de hacer difícil que el juez

jueces a hacer un mayor esfuerzo para que la interpretación que hagan de estos conceptos jurídicos indeterminados no termine por desnaturalizar los fundamentos cautelares de su establecimiento⁷⁵⁴.

Como señalamos precedentemente, en opinión de algunos autores los criterios para evitar la reincidencia serían equivalentes a anticipar la pena; en opinión de otros, equivalen a anticipar una medida de seguridad. En cualquier caso, ambos están asociados a fines extra-cautelares. Desde el primer prisma teórico, el temor a la reincidencia nos llevaría a imponer prisiones preventivas en razón de una simple sospecha no corroborada por la actividad probatoria, es decir, penas sin juicios⁷⁵⁵ (al margen de la teoría sobre la pena a la cual se adhiera). Desde el segundo prisma teórico, la finalidad de evitar un nuevo delito en el futuro convierte el juicio prospectivo en que se fundan las medidas cautelares en la imposición de una medida de seguridad que intenta corregir las conductas de un sujeto peligroso⁷⁵⁶.

Lo cierto es que todo proceso criminal racional está al servicio de la puesta en marcha de las normas penales, las cuáles están encaminadas a determinar el cumplimiento de los presupuestos de la conminación penal, esto es, declarar la responsabilidad penal por la comisión de un hecho punible y no están para evaluar perfiles de peligrosidad de los sujetos. Entenderlo de otro modo nos desplaza indefectiblemente a nociones sobre el derecho penal de autor que son ampliamente rechazadas por la ciencia penal moderna que aspira a ser congruente con un Estado Democrático de Derecho. En efecto, esta interpretación nos llevaría a autorizar la concesión judicial de la prisión preventiva -reconvertida en una medida de seguridad- porque tememos a las conductas peligrosas que intrínsecamente se esperan en el futuro de un delincuente habitual, y no por la culpabilidad por el hecho⁷⁵⁷. Ahora bien, debemos hacer una prevención. No se trata de afirmar tajantemente de que desear políticamente la evitación del fenómeno delictivo o la reducción de la delincuencia sea negativa *per se*. Simplemente se trata de precisar que este fin, digno de tutela, debe ser protegido por las vías idóneas al efecto, y no por una que altere la naturaleza de las instituciones procesales.

Siguiendo la nomenclatura de Hassemer, el peligro de la seguridad de la sociedad es *apócrifo* porque desde la segunda mitad del siglo XX, el sistema jurídico occidental ha querido extrapolar

se oponga a una solicitud de prisión preventiva: “¿Cómo puede ser relevante la pena que se asigna a un delito que no sabemos si cometió el imputado? (...) ¿Qué importancia puede tener que se le imputen a una persona dos o cien delitos si estamos en situación de poder absolver de todas las imputaciones a esta persona?”. VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 68. Al mismo tiempo, Duce y Riego critican fuertemente la redacción de esos criterios porque es una forma astuta y casi imperceptible de volver a un régimen de inexcusabilidad. DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* p. 47.

⁷⁵⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 226.

⁷⁵⁵ El argumento de la anticipación punitiva será abordado con más detalle en el punto 2.2.4.1.1.

⁷⁵⁶ VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* pp. 60-61. Lo mismo había sido anticipado hace unos años antes por Juan Bustos Ramírez. BUSTOS R., J. 1994. *op. cit.* p. 27.

⁷⁵⁷ ROXIN, C. 1997. Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2º edición. Madrid, España. Editorial Civitas. Tomo I., pp. 180-181.

estratégicamente el peligro de reiteración delictiva hacia el peligro de fuga⁷⁵⁸. Es apócrifo también porque ningún tratado internacional de Derechos Humanos identifica como finalidad legítima de las medidas restrictivas de libertad, el peligro para la seguridad de la sociedad. En Chile, además, es doblemente apócrifo, porque el peligro de reincidencia no aparece establecido en el artículo 140 del cuerpo normativo procesal, y además, porque en el año 1991 se dictó la Ley N° 19.047 cuyos antecedentes de hecho estuvieron motivados por hacer concordar la legislación interna con los tratados internacionales que tuvieran por objetivo fortalecer la protección de los derechos de las personas sujetas a la persecución penal, de lo cual se colige entonces que debería estar “excluida de la causal de peligro para la seguridad de la sociedad la hipótesis de peligro de continuación de la actividad delictiva por parte del imputado”⁷⁵⁹.

A pesar de lo que hemos explicado, la circunstancia de dejar libre a la persona -a quien se le atribuye la participación de un hecho punible- desde el momento en que se incoa el procedimiento en su contra, ha impactado intensamente en la opinión pública, al punto de instalarse en Chile la idea -muy alentada por los medios de comunicación social y por cierta clase política dominante- de que nuestro sistema procesal penal propicia “la puerta giratoria” por la cual transitan los delincuentes, lo que no hace más que develar una verdad incuestionable: la presunción de inocencia no es una norma que esté interiorizada dentro del tejido de la sociedad civil. Antes bien, el recelo en la capacidad de gestión del Estado, la indignación de la comunidad política frente a las penas sustitutivas de privación de libertad, la sensación de impunidad que rodea a la opinión pública y el incremento constante de la percepción subjetiva de miedo al delito⁷⁶⁰, han desplazado la visión del fenómeno delictivo hacia la presunción contraria, lo que termina por hacer que la sensibilidad de la colectividad demande mayores niveles de seguridad ciudadana que no se corresponden necesariamente con un aumento de la delincuencia objetiva⁷⁶¹. Esto ha llevado en muchos casos a mirar la prisión preventiva como una respuesta estatal a la alarma pública⁷⁶², como un instrumento de defensa social⁷⁶³ o como una forma de recuperar la confianza en el sistema⁷⁶⁴, todos argumentos que desvirtúan su sentido técnico-procesal.

⁷⁵⁸ HASSEMER, W. 1998. *op. cit.* p. 111. Esto ocurre, según Benavente, en países como Austria, Alemania y Estados Unidos. BENAVENTE CHORRES, H. 2009. *op. cit.* p. 78; V.t. DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 263.

⁷⁵⁹ V.t. DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 259.

⁷⁶⁰ Para un mayor desarrollo de estos argumentos, véase DIEZ RIPOLLÉS, J. L. 2004. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (N° 6): pp. 8-9, 10-12, 16-17.

⁷⁶¹ Las estadísticas de Carabineros de Chile respecto de los delitos de “mayor connotación social” arrojan los siguientes datos: “comparativamente, entre enero y julio del año 2012 y enero y julio del año 2015, puede apreciarse un aumento en las denuncias de robos con intimidación de un 6,1%, y un descenso en los robos por sorpresa un 3,3%. Lo que en el escenario global coadyuva a un descenso general en los delitos contra la propiedad y en los que se ejerce violencia superior al 2%”. CORTE SUPREMA DE CHILE. 2015. Informe proyecto de ley 35-2015. [Segundo informe sobre el proyecto de ley Boletín N° 9.885-07]. Santiago, Chile., p. 5.

⁷⁶² En Italia le han llamado “orden público”. BENAVENTE CHORRES, H. 2009. *op. cit.* p. 78.

Esta finalidad ha sido considerado ilegítima además, porque ha generado diversas reformas legales que han ampliado el uso de esta medida cautelar, transformando el instituto de la prisión preventiva en una desesperada señal política de tranquilidad hacia la ciudadanía o de “satisfacción (simbólica)”⁷⁶⁵ de lucha contra la criminalidad, cuestión que no se condice con los criterios legitimadores de actuación del poder público en un Estado Democrático de Derecho⁷⁶⁶.

A las mismas conclusiones ha llegado el Tribunal Constitucional español, en el sentido de que la alarma social “no es un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional, pues la posible alarma social presuntamente ocasionada por la comisión de delitos constituye el contenido de un fin exclusivamente de la pena”⁷⁶⁷. En la misma línea de pensamiento se encuentra la posición de Ferrajoli: “Pero esta idea primordial es precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables”⁷⁶⁸.

En definitiva, la prisión preventiva no puede encargarse de cuestiones que atañen al derecho penal material ni tampoco puede pretender garantizar la seguridad ciudadana⁷⁶⁹.

Por último, los ataques que se dirigen en general en contra de la seguridad de la sociedad fundadas en la presunción de peligrosidad del imputado pueden ser también aplicables, en particular y con algunos matices, a la seguridad de la víctima⁷⁷⁰. Lo anterior, toda vez que la protección del ofendido por el delito está ya suficientemente protegido por el órgano persecutor que tiene como obligación constitucional y legal adoptar medidas para proteger a las mismas (artículo 83 inciso 1° de la Constitución Política, artículo 1° Ley Orgánica del Ministerio Público, artículo 6 del Código Procesal Penal), también esta tutelada por los derechos que el legislador consagra en su favor (artículo 109 del Código Procesal Penal) y por un conjunto de otras medidas cautelares personales menos

⁷⁶³ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 553. Francesco Carrara, por ejemplo, propugna la prolongación de la prisión preventiva en respuesta a la necesidad de defensa pública. IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* p. 8. Cabe destacar que un modelo procesal fundado en técnicas de defensa social se aproxima a un modelo decisionista y no cognoscitivo del juicio judicial.

⁷⁶⁴ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 265.

⁷⁶⁵ CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA. 2008. El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia* (N° 10): p. 125; TAVOLARI, R. 2005. *op. cit.* p. 407. Este problema se ha extendido también al *common law*. Por ejemplo, en Estados Unidos a finales del siglo XX, se instauraron nuevas regulaciones legales (*Federal Bail Reform* de 1984) que destinadas a evitar la reiteración delictiva, tendieron a aumentar la utilización de la prisión preventiva cuando tradicionalmente su aplicación había sido restringida. DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 60.

⁷⁶⁶ “Quien lucha contra la criminalidad prematuramente, es decir, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona a una persona sin fundamento jurídico”. HASSEMER, W. 1998. *op. cit.* p. 103.

⁷⁶⁷ MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op. cit.* pp. 40-41.

⁷⁶⁸ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 561.

⁷⁶⁹ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* p. 610.

⁷⁷⁰ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo I. *op. cit.* p. 417.

gravosas que podrían imponerse en contra del imputado (artículo 155 del Código Procesal Penal, como por ejemplo, la prohibición de acercarse al ofendido o a su familia o la nueva medida de la letra i) que impone al imputado la obligación imputado de abandonar un inmueble determinado).

Cabe destacar que la exigencia establecida por el legislador es superior a la de otras causales de procedencia del artículo 140, toda vez que requiere obligatoriamente la existencia de “antecedentes calificados” que den cuenta de la existencia del peligro de la persona de la víctima, su familia o sus bienes. Es aquí donde apuntan las críticas al fundamento cautelar toda vez que resulta difícil encontrar hipótesis en las cuales un interés jurídico patrimonial deba ser preservado mediante la limitación severa de un derecho de libertad personal⁷⁷¹, considerando que entre ambos intereses existe una diferencia cualitativa de grado (patrimonial v/s extra-patrimonial) y que esto podría vulnerar el principio de proporcionalidad que debe regir en materia de coerción procesal.

Con todo, otro sector de la doctrina estima que la protección de la víctima es un objetivo legítimo del proceso, sobre todo en aquellos casos en que su comparecencia es fundamental como fuente de información que quiere ser aportada al juicio, razón suficiente para protegerla de posibles atentados o amenazas que sean serias, manifiestos o verosímiles⁷⁷².

- **Excurso: propuesta metodológica para objetivar los factores de riesgo al apreciar la necesidad de cautela**

Desde el espectro jurídico del Derecho comparado, se han propuesto algunos mecanismos para ponderar de mejor manera los criterios de determinación de la necesidad de cautela y los peligros procesales asociados a ella. El objetivo de estas propuestas metodológicas es, por una parte, otorgar una herramienta al sistema judicial penal, especialmente a los jueces, para que tomen decisiones sustentadas en piezas de información fidedigna, fiables y de buena calidad, y por la otra, lograr racionalizar el uso indiscriminado de la prisión preventiva.

Los mecanismos de evaluación objetiva de la necesidad de cautela promueven la restricción de criterios subjetivos de análisis en la determinación de los factores de riesgo, con el objetivo de dotar de sentido a los fines legítimos que justificarían la imposición de la prisión preventiva en un caso concreto. En este sentido, los fines espurios no deberían ser considerados a la hora de medir los criterios de ponderación de la necesidad de cautela. En el sistema anglosajón estos mecanismos de evaluación y supervisión de medidas cautelares alternativas a la privación de libertad se denominan

⁷⁷¹ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 256.

⁷⁷² DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* pp. 45-46.

petrial services y se remontan a mediados del siglo XX en Estados Unidos⁷⁷³. El modo de actuación consiste, por una parte, en realizar “una evaluación de la necesidad de cautela de cada proceso penal específico, a través de un procedimiento estandarizado, que incluye la aplicación de un instrumento metodológico que evalúa el nivel de riesgo que existe para que una persona procesada penalmente no comparezca al juicio u obstruya el procedimiento penal”⁷⁷⁴, y por la otra, establecer un mecanismo de control de “las condiciones que los jueces imponen en las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva”⁷⁷⁵ (lo que entre nosotros sería, por ejemplo, formas de coerción menos intensas como la detención, la citación o típicamente, las enumeradas en el artículo 155 del Código Procesal Penal). Lo anterior tiene como propósito asegurar la comparecencia futura del imputado a los actos del procedimiento.

Lo importante del diseño e implementación de instrumentos de medición objetivo de la necesidad de cautela es que están pensados en hacer efectiva la realización de los fines estrictamente cautelares del procedimiento, conjurando cualquier tipo de consideración basada en la prevención especial, en la peligrosidad del sujeto y en la evitación de nuevos delitos⁷⁷⁶. Además, su segunda utilidad es hacer que la información que se extraiga de estos procedimientos estandarizados favorezca la calidad de las alegaciones que se produce en el marco de una audiencia oral, pública y contradictoria y haga posible la realización del derecho a la presunción de inocencia⁷⁷⁷. En efecto, la introducción de elementos técnicos favorece la obtención de información de calidad en la toma de la decisión. Por lo mismo, en su conformación y ejecución, deben participar diferentes profesionales altamente calificados y capacitados técnicamente en distintas áreas de las ciencias sociales y de las estadísticas que en conjunto formen un equipo multidisciplinario de acción⁷⁷⁸.

La metodología que se ocupe para evaluar objetivamente la necesidad de cautela debe ajustarse a las características del sistema judicial en el que va a ser aplicado y también debe, a lo menos, incorporar los siguientes elementos: “i) Definir factores de riesgo que indiquen la necesidad de cautela respecto de los fines legítimos de la medida; cada uno de ellos analizado a través de distintas variables indicadores; ii) Aplicar un método objetivo de evaluación que utilice un método de análisis de las variables; iii) Establecer niveles de riesgo; iv) Definir estrategias de supervisión de las medidas no privativas de la libertad según los niveles de riesgo establecidos”⁷⁷⁹.

⁷⁷³ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* p. 619; DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* pp. 62-63.

⁷⁷⁴ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* p. 619.

⁷⁷⁵ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* p. 620. En el mismo sentido DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* p. 34.

⁷⁷⁶ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* p. 626.

⁷⁷⁷ *Ibíd.* pp. 627-628.

⁷⁷⁸ *Ibíd.* pp. 625-626; DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* pp. 10-11.

⁷⁷⁹ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* pp. 629-630.

Lo que no puede olvidarse es que la determinación de una medida cautelar se aplicará siempre que se cumplan los presupuestos materiales y la necesidad cautela. Ahora bien, lo interesante es que en la verificación de la concurrencia de este último requisito -corroborado a través de la implementación de un procedimiento estandarizado de evaluación- aquellos resultados que arrojen un alto nivel de riesgo no necesariamente obligan a decretar una prisión preventiva. La idea es que los jueces, ayudados con el resultado extraído del análisis de los factores reales de riesgo, sean capaces de adoptar aquellas medidas de supervisión que sean apropiadas según las circunstancias particulares del caso y que estén en armonía con la observancia de los principios y reglas generales de las medidas cautelares. Para tener como parámetro objetivo, se puede tener a la vista la realidad de aquellos países con sistemas acusatorios o adversariales en que aplicándose los mecanismos de evaluación descritos, han concluido que son más efectivas las medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, incluso en aquellos casos de un nivel de riesgo medio o alto⁷⁸⁰.

Quizás vale la pena empezar a preguntarse la utilidad y ventajas que proporciona este tipo de metodologías para ser implementadas en el sistema procesal chileno.

2.2.4. La aparente contradicción entre *compatibilistas* y no *compatibilistas*

Como hemos venido diciendo, el elemento central de la presunción de inocencia es establecer y cuestionar su conexión con las medidas cautelares personales. Un escenario en el cual se autorice a encerrar preventivamente a una persona respecto de la cual el ordenamiento obliga a predicar su inocencia durante el desarrollo del procedimiento penal, resulta - a lo menos- extraño. Es por ello que en esta sección trataremos el concepto de la presunción de inocencia en su vertiente de *regla de trato* y la controversia jurídica que a nivel doctrinario se suscita entre el establecimiento de un régimen cautelar penal, especificado en la prisión preventiva, y la posibilidad de *compatibilizarla o no compatibilizarla* con la presunción de inocencia.

⁷⁸⁰ El trabajo de Villadiego muestra que un 93% de los casos de aplicación de medidas distintas a la privación de libertad en Estados Unidos, han sido exitosas en su ejecución y supervisión, de manera que se ha cumplido el propósito de asegurar los fines del procedimiento (evitar el peligro de fuga y la obstaculización de las diligencias de investigación). *Ibid.* p. 636. El acucioso trabajo de Duce y Riego muestra que según las cifras entregadas por el Poder Judicial durante el período 2000-2009 (octubre) se decretaron 546.783 medidas alternativas a la prisión preventiva en comparación a 92.907 prisiones preventivas. El problema consustancial a estas medidas en Chile es que no hay un sistema efectivo de control y cumplimiento de las mismas. Un informe elaborado el año 2009 por la Fundación Paz Ciudadana consigna que aproximadamente el 60% de los jueces de garantía “estaba de acuerdo con la afirmación acerca de la inexistencia de control y fiscalización de estas medidas”. El mismo informe constata que 8 de cada 10 jueces de garantía afirman no contar con información suficiente sobre las circunstancias sociales y personales del imputado al momento de pronunciarse sobre una prisión preventiva. DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* pp. 34-38, 40, 62.

2.2.4.1. Regla de trato

La presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal consiste en la obligación de tratar al imputado -a quien el órgano persecutor le atribuye la participación culpable en un hecho punible- como si fuera inocente⁷⁸¹. Si el tratamiento que debe darse al imputado a lo largo del procedimiento es el de un inocente, se debe -a priori- impedir la autorización de medidas de coerción procesal que “impliquen una equiparación de hecho entre el imputado y culpable”⁷⁸², y que por tanto, pretendan anticipar la pena. En efecto, la regla de trato impone un mandato incondicionado consistente en la proscripción de considerar y tratar, *prima facie*, al imputado en idéntico modo como se trataría al culpable, reservando el espacio de la conminación penal al momento procesal que corresponda.

Las implicancias de consagrar esta regla son dos: (i) las medidas cautelares deben estar influenciadas por la presunción de inocencia, lo que significa que solo pueden ser adoptadas cuando se cumplan los presupuestos que exige la ley y (ii), la finalidad de las medidas cautelares debe ser cautelar, más aún si se trata de la prisión preventiva, por lo que hay que eliminar cualquier atisbo de consideración punitiva, preventiva o de medida de seguridad en su emisión⁷⁸³. Estas obligaciones se extienden hasta que la sentencia condenatoria esté firme y ejecutoriada. A contrario sensu, la prisión preventiva se extenderá hasta que se dicte sentencia absolutoria o el sobreseimiento definitivo o temporal, incluso si dichas resoluciones no se encuentren ejecutoriadas, conforme lo establece el artículo 153 del Código Procesal Penal.

Según Ferrer, el carácter poliédrico de la presunción de inocencia ha sido desglosado por la jurisprudencia, sobre todo por la del Tribunal Constitucional español⁷⁸⁴. La importancia de delimitar el contenido de esta regla al ámbito del tratamiento que debe recibir el imputado que se relaciona con el procedimiento, es que de esta manera podemos reflexionar las maneras en que su influencia contribuye al establecimiento de las razones justificatorias y de los límites a la prisión preventiva. Al mismo tiempo, el contenido de esta regla nos permite cuestionarnos sobre la posibilidad de que la presunción de inocencia pueda o no ser derrotada en una etapa preliminar a la del juicio oral.

⁷⁸¹ FERRER, J. 2010b. *op. cit.* p. 8. En el mismo sentido se ha pronunciado los fallos de la Magistratura Constitucional chilena. Véase STC: Rol N° 739-2007. [21 de agosto de 2007]; STC: Rol N° 1.351-2009. [20 de mayo de 2010]; STC: Rol N° 1.352-2009. [20 de mayo de 2010].

⁷⁸² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 215.

⁷⁸³ *Ibid.* p. 223. Por lo mismo Ferrajoli atribuye a este derecho fundamental un sentido garantista, toda vez que la presunción de inocencia conlleva que se excluya o restrinja al máximo las restricciones a la libertad. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 551.

⁷⁸⁴ FERRER, J. 2010b. *op. cit.* pp. 2-3; MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op. cit.* p. 40. Entre nosotros, la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional chileno entre los años 2006 y 2010 ha señalado que la presunción de inocencia se compone de dos reglas: la regla de trato o conducta, “según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (*nulla poena sine iudicio*)”. La segunda regla es la de juicio, según la cual “el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (*in dubio pro reo*)”. CISTERNAS VELIS, G. V. 2011. *op. cit.* p. 54.

Las caras de la presunción de inocencia, en general, y de la regla de trato, en particular, tienen una incidencia en una dimensión extraprocesal e intraprocesal cuya operatividad es discutida. En el capítulo I adelantamos que en algunos casos el derecho fundamental a la presunción de inocencia podría tener presencia fuera de los contornos del proceso judicial, no sólo del proceso penal (siendo, por ejemplo, plenamente aplicable en el ámbito del derecho administrativo sancionador; no así en el proceso civil o laboral según la jurisprudencia reciente de la Magistratura Constitucional española⁷⁸⁵) sino del sistema jurídico en general. Así, por ejemplo, se debate a nivel constitucional si puede tener injerencia este derecho en relaciones horizontales o entre particulares, como en aquellas situaciones en las que los medios de comunicación social difunden información a la opinión pública que es parcial, tendenciosa, distorsionadora del mérito de las acusaciones y de dudosa veracidad, respecto de un caso penal en el que se parte de la presunción (o prejuicio social) de culpabilidad de la persona involucrada. Esto ha llevado a divulgar verdaderos juicios paralelos que vulneran el derecho que tiene la persona a recibir una especial consideración y trato de no autor o no partícipe de un hecho delictivo, en tanto una sentencia condenatoria no declare su culpabilidad⁷⁸⁶.

La posición a la que en este trabajo se adhiere es aquella que reconoce la relevancia jurídica del derecho a la presunción de inocencia en sede procesal (penal o administrativo sancionador), y no extraprocesal (lo que no supone desconocer que en esta sede también el derecho pueda ser amenazado⁷⁸⁷), porque es al interior del contexto procedimental donde realmente se pone en jaque la vigencia de la presunción de inocencia y puede -en la específica etapa del juicio oral- ser efectivamente derrotada⁷⁸⁸, y porque, tal como expresamos en el capítulo I, existen otros derechos que pueden dotar de una mejor protección a la persona que sufre un tratamiento vejatorio e indigno (piénsese en el derecho a la honra, el honor, la propia imagen y la dignidad de las personas⁷⁸⁹). Tal como afirma Alberto Binder, sólo “cuando una persona ingresa al ámbito concreto de actuación de las normas procesales, allí si tiene sentido decir que es ‘inocente’”⁷⁹⁰.

⁷⁸⁵ MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op. cit.* pp. 59-64.

⁷⁸⁶ Ha sido principalmente la jurisprudencia constitucional española la que ha hecho extensivo este derecho más allá de los límites estrictamente procesales. *Ibid.* pp. 65-67. Lo mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en: Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso J. v/s Perú. [27 de noviembre de 2013]. Para un análisis en detalle, véase NASH, C. y NÚÑEZ, C. 2015. *Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile*. Santiago, Chile. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública., pp. 223-224.

⁷⁸⁷ Hay sectores de la doctrina procesal y constitucional que sí reconocen la vigencia de la presunción de inocencia en el ámbito extraprocesal. A modo de ejemplo, puede citarse a NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. *op. cit.* pp. 234-235; NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* pp. 105-106.

⁷⁸⁸ VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* pp. 61-62.

⁷⁸⁹ FERRER, J. 2010b. *op. cit.* p. 5; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 201; VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 59.

⁷⁹⁰ BINDER, A. 1999. *op. cit.* p. 125.

Despejado este problema jurídico, corresponde ahora exponer las posturas divergentes en torno a la posibilidad de que la prisión preventiva puede ser compatibilizada o no con la presunción de inocencia en su faceta de regla de trato.

2.2.4.1.1. *Compatibilistas v/s no compatibilistas*

El problema central versa sobre la manera en cómo debemos abordar el dilema político-criminal tantas veces enunciado sobre la función estatal de reprimir las conductas lesivas para el interés general de la sociedad sin que ello suponga inmiscuirse gravemente en los derechos y garantías de los ciudadanos, el que es encarnado aquí desde la perspectiva de la prisión preventiva y su conexión con la presunción de inocencia. La dificultad teórica en la forma de enfrentar este problema se complejiza más cuando a través del estatuto de la prisión preventiva se afecta intensamente el derecho de libertad personal de un imputado respecto del cual el Estado, *ex ante*, se autoimpone la obligación constitucional y legal de no tratarlo como culpable, sino por el contrario, considerarlo como probatoriamente inocente en tanto no se pronuncie la sentencia que declare su responsabilidad penal. La salida al problema es confusa si además recordamos lo señalado en apartados anteriores en cuanto a que el contenido aflictivo de la pena está reservado sistémicamente solo para el caso en que se dictara, hacia el final del proceso, la respectiva sentencia condenatoria, y no antes de este evento.

La doctrina procesal explica que esta crítica frecuente de anticipar los efectos punitivos del proceso es un reproche que se arrastra desde las esferas del procesal civil y que ha sido trasladada con ciertos matices hacia el proceso penal. En efecto, en el campo civil se cuestiona la dictación de algunas medidas cautelares en las cuales se ejecuta sin título los efectos patrimoniales de una sentencia, traspasando los límites de aseguramiento que son consustanciales a toda medida cautelar y anticipando interinamente los efectos que se pretenden conseguir con el reconocimiento de los derechos en el acto culmine de la sentencia⁷⁹¹. Si uno lleva este argumento, *mutatis mutandis*, al campo del proceso penal, sería muy cuestionable autorizar al Estado a que a través de su régimen cautelar, especialmente por la vía de la prisión preventiva, adelantara provisoriamente los efectos punitivos de la sentencia condenatoria, porque ello supondría quebrantar el principio de presunción de inocencia y las bases en las cuales se edifica un sistema procesal penal moderno de tipo acusatorio y garantista.

⁷⁹¹ TAVOLARI, R. 2005. *op. cit.* p. 403. La doctrina procesal mayoritaria es reticente a aceptar una finalidad anticipativa, provisional y satisfactoria de la tutela cautelar, mientras que otro sector propone ampliar y flexibilizar el restringido concepto de la tutela cautelar hacia las nuevas realidades jurídicas. Sobre esto último véase MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* pp. 237-243.

Las corrientes de opinión sobre la materia van desde aquellas que proponen abolir la presunción de inocencia hasta los que proponen eliminar la prisión preventiva, pasando por los que estiman que es compatible un régimen cautelar con la presunción de inocencia (negando el problema) hasta los que declaran insuperable esta contradicción. También existen opiniones que más que negar el problema de la incompatibilidad, reclaman la inexistencia del mismo. Lo que nosotros vamos a exponer sobre el tema son las dos posiciones teóricas más reconocidas que se manejan en la dogmática procesal vigente.

A. No compatibilistas

Luigi Ferrajoli, mediante su célebre obra “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”, debe ser el más reputado exponente de la ilegitimidad de la prisión preventiva, quien le atribuye un carácter marcadamente atentatorio de la presunción de inocencia. Su argumento más sustantivo es aquel que define la progresiva transformación del instituto cautelar en un mecanismo de prevención de delitos y defensa social⁷⁹², mutación que se debe en gran medida a las razones esgrimidas anteriormente sobre la consideración del acusado como un sujeto peligroso, lo que equivaldría a revivir la denostada regla de presunción de culpabilidad⁷⁹³.

Para el autor, la prisión preventiva supone anticipar una pena sin que medie un juicio previo que se desarrolle con todas las garantías procesales y penales que reconoce el ordenamiento jurídico. Si la forma natural de la pena supone, *fácticamente*, un encierro que prive de libertad al acusado, la prisión preventiva no sería más que otro modo de encierro muy particular, ya que *-materialmente-* a la persona se le priva de libertad no obstante que respecto de ella todavía no se ha declarado su culpabilidad por el hecho punible⁷⁹⁴. Esto es lo que llevaría al autor a plantearse la real necesidad de este instituto, en el sentido de cuestionar si “la prisión preventiva es verdaderamente una ‘necesaria injusticia’, como pensaba Carrara, o si en cambio es sólo el producto de una inconfesada concepción inquisitiva del proceso que quiere al imputado en situación de inferioridad respecto de la acusación, inmediatamente sujeto a pena ejemplar”⁷⁹⁵.

⁷⁹² FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* pp. 553, 556.

⁷⁹³ “En este aspecto tenía razón Manzini: (...) ¿Por qué no se abole la prisión provisional?”. *Ibid.* p. 555.

⁷⁹⁴ El argumento de la anticipación punitiva podría ser medianamente cierto en sistemas inquisitivos donde la excesiva duración de los procedimientos hacía prácticamente imposible la aplicación de una pena en una oportunidad procesal razonable, lo que hizo que las mismas prisiones preventivas tuvieran también una excesiva duración. Esto fue lo que ocurrió en Chile durante la vigencia del antiguo sistema, lo que hizo que la noción de proceso y castigo fueran un todo inescindible. DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* p. 4.

⁷⁹⁵ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 556. Contrario a lo sostenido por Ferrajoli, muchos ilustrados la defendieron igualmente como una injusticia necesaria (Beccaria, Bentham, entre otros). *Ibid.* pp. 551-552.

En general, Ferrajoli es promotor de todos los argumentos que expusimos en el punto 2.2.3.1. a propósito de las finalidades que se rechazan en la prisión preventiva, los que en su conjunto hacen concluir al autor que debería abolirse la prisión preventiva (“supresión de cárcel sin proceso”⁷⁹⁶) puesto que la necesidad procesal que la inspira puede ser satisfecha perfectamente a través de la comparecencia del imputado, sin la aplicación de ninguna clase de tormentos. Al mismo tiempo, aduce que una coacción procesal solo podría justificarse si es que mediante ellas es posible realizar, única y formalmente, la comunicación del hecho punible y la participación culpable atribuida por el persecutor, las que luego de realizadas deberían cesar⁷⁹⁷. Solo de esta manera se puede respetar la dignidad del imputado que se le presume inocente y es posible garantizar la igualdad de trato.

A diferencia de la postura radical de Ferrajoli de abolir la prisión preventiva, existe otra versión del *incompatibilismo* en la que se sugiere una “tercera vía”⁷⁹⁸ frente a la disyuntiva enunciada. Perfecto Andrés Ibáñez, oponiéndose al carácter de pena anticipada que constituye la ejecución material de la prisión preventiva y reconociendo a su vez, la imposibilidad de desprenderse de la misma en una arquitectura procesal que se aleja de la lectura constitucional de proceso al que éste adhiere⁷⁹⁹, propone una forma alternativa de dar sentido a la contradicción. Lo que el autor sugiere es emplazar a los intervinientes para que puedan hacerles notar a la judicatura la paradoja señalada, “no para salir de la contradictoria situación (lo que no es posible), sino para vivir con ella con cierto productivo realismo”⁸⁰⁰. La utilidad de hacer presente la noción de que la prisión preventiva es siempre una pena anticipada -corolario de la construcción degradada que tiene el proceso penal- está en incentivar la consciencia de los jueces de la importancia de la decisión que pasa por su conocimiento y de este modo, lograr que el órgano jurisdiccional sea una suerte de última garantía en favor del imputado, para que de una vez por todas la prisión preventiva sea aplicada como una auténtica medida de *ultima ratio*⁸⁰¹.

En síntesis, para la doctrina *no compatibilista* no es posible superar la inconsistencia lógica y contradicción palmaria que existe entre un sistema que por una parte, garantiza la presunción de inocencia durante el curso del procedimiento y al mismo tiempo, autoriza al juez para privar o

⁷⁹⁶ *Ibíd.* p. 560. Cabe destacar que Ferrajoli aquí reconoce que es un proyecto utópico y de difícil realización. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 222.

⁷⁹⁷ El autor no lo dice, pero el sentido de la idea se asemeja a lo que para nosotros es la audiencia de control de la detención y formalización de la investigación. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 559.

⁷⁹⁸ Calificación empleada por Perfecto Andrés Ibáñez. IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* p. 17.

⁷⁹⁹ *Ibíd.* pp. 14-15.

⁸⁰⁰ *Ibíd.* p. 17.

⁸⁰¹ *Ibíd.* p. 17.

restringir la libertad del imputado en una etapa procesal anterior al de la sentencia definitiva⁸⁰². Conforme a su posición, con sujeción a la presunción de inocencia como regla de trato y el deseo por hacer visible esta dimensión, no existirían razones justificadoras que permitieran que el imputado sufriera un detrimento en el ejercicio y goce de sus derechos fundamentales. Por otra parte, los efectos intolerables de esta situación gravosa se manifiestan aún más si luego de su encierro preventivo subsiste la posibilidad de que el procedimiento arribe a una sentencia absolutoria, o también subsiste, cuando nos encontramos frente a un escenario normativo en que se encuentra ausente un límite temporal máximo para la duración de la prisión preventiva⁸⁰³, lo que da cuenta de un claro retroceso en relación a lo que fuera el proyecto original del Código^{804 805}.

Por último, una dificultad adicional de la cual debe hacerse cargo el *compatibilismo* chileno y que desde la vereda del *no compatibilismo* denuncian con preocupación, son aquellos casos en que la dictación de la prisión preventiva funciona como una especie de sanción procesal. La regulación del artículo 33 inciso 3° del Código Procesal faculta al Juez de Garantía para dictar la prisión preventiva en aquellos casos en que el imputado, previamente citado, no compareciere injustificadamente hasta la realización de la actuación respectiva. Del mismo modo, el artículo 141 inciso 3° del Código Procesal Penal, faculta a los tribunales penales a imponer la prisión preventiva, aun en los casos de improcedencia, cuando el imputado hubiere incumplido alguna medida cautelar personal del artículo 155 del Código, cuando el juez considerare que el imputado pudiera incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento como a la ejecución de la sentencia, y en último término, cuando el imputado no asistiere a la audiencia del juicio oral.

⁸⁰² De hecho, la opinión generalizada de los *no compatibilistas* más clásicos (Manzini, Vélez Mariconde, entre otros) es que si existiera realmente la presunción de inocencia como principio, no tendría sentido alguno autorizar medidas de coerción procesal en contra del imputado. Manzini confirma lo que ya dijéramos en el capítulo I, sobre que la presunción de inocencia no es técnicamente una presunción, sino que es una ficción. FONTECILLA, R. 1978. *op. cit.* pp. 445-446; JARA MÜLLER, J. 1999. *op. cit.* p. 45; MANZINI, V. 1952. *op. cit.* p. 256.

⁸⁰³ El inciso 2° del artículo 152 del Código Procesal Penal solo establece la obligación del tribunal para llamar de oficio a una audiencia para revisar (no alzar) la prisión preventiva “cuando la duración de la misma hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiese esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere dispuesto existiendo recursos pendientes”, pero no establece un límite aritmético máximo (determinado) para su cese.

⁸⁰⁴ El proyecto original contemplaba una duración máxima de 18 meses. En Alemania, por ejemplo, el límite máximo es de 6 meses; en Bolivia es de 18 meses sin que se haya dictado sentencia y 24 meses con dictación de sentencia; en Costa Rica el plazo es de 12 meses; en Guatemala es de 12 meses. Incluso, en algunos comisionados de la Comisión Ortúzar para la redacción de la Constitución de 1980, plasmaron su deseo respecto a que en la Carta Fundamental hubiera un mandato al legislador para poner un límite a su extensión. MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 34; DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* pp. 268-269; DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 72; SILVA BASCUÑAN, A. 2008. *op. cit.* p. 56.

⁸⁰⁵ No por nada la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido uniforme en cuanto al planteamiento que dice que la prolongación de la prisión preventiva lo que hace es sustituir la pena por la prisión preventiva. BENAVENTE CHORRES, H. 2009. *op. cit.* p. 75; NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. *op. cit.* p. 230.

Lo anterior son las consecuencias jurídicas negativas previstas para el caso en que el imputado no diera cumplimiento a su obligación procesal de comparecencia. El problema de esta decisión legislativa es que se vulnera ampliamente el principio de proporcionalidad de las sanciones y no se observan exhaustivamente los mandatos generales que impone el legislador en el artículo 140 del Código Procesal Penal⁸⁰⁶, otorgando una facultad discrecional al tribunal para la dictación de la prisión preventiva, so riesgo de incurrir en un ejercicio arbitrario de la misma. Uno esperaría que la práctica judicial chilena, amparada en los principios generales que rigen las medidas cautelares, apliquen las normas respetando el espíritu que las motiva, y por tanto, decreten la medida cautelar más drástica del sistema cuando se cumplan adecuadamente las condiciones legales que justifican su adopción.

B. *Compatibilistas*

Si nos queremos tomar en serio el contenido de la presunción de inocencia en su faceta de regla de trato, no puede persuadirnos el ataque que dirigen los *no compatibilistas* sobre la idea de que la aplicación de la prisión preventiva es una forma anticipada de aplicar la pena, o al menos, el grado de convencimiento que este argumento brinda no puede ser mayor al grado de convencimiento que producen las razones que lo rechazan. En este sentido, es posible identificar, a lo menos, dos posiciones que justifican en mayor o menor medida la compatibilidad entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia, las que más que aspirar a dejar atrás la contradicción, constituyen explicaciones alternativas para que ambas nociones puedan convivir. Estas posturas son denominadas como doctrina mayoritaria y minoritaria, y más allá de sus aciertos o desaciertos, lo que buscan mancomunadamente es limitar el uso de la prisión preventiva a los casos en que sea estrictamente necesario. Antes de entrar en su análisis, se debe hacer la prevención de que el tratamiento de estos argumentos prescindirá de los ya analizados sobre las finalidades legítimas que persigue normativamente la prisión preventiva.

La doctrina minoritaria de la compatibilidad ha sido construida por los procesalistas italianos en torno a lo que ya describiéramos en el capítulo I sobre la disposición constitucional del artículo 27 de su Carta Fundamental, que consagra la presunción de no-culpabilidad en los términos de una solución de compromiso. La idea fuerza es la siguiente: si lo que reconoce dicha Constitución -y proyectado a nuestra realidad normativa mediante el artículo 4° del Código Procesal Penal- es la *no culpabilidad* (y no directamente *la inocencia*), entonces no habrían mayores objeciones para decretar medidas restrictivas de libertad respecto del imputado, toda vez que el ámbito de su inocencia procesal no sería tocada o alterada. Creemos que esta interpretación literal del precepto mencionado puede

⁸⁰⁶ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 37.

llevar a consecuencias no deseadas que distorsionan y minimizan la importancia del principio de presunción de inocencia, máxime si ya en el primer capítulo concluimos como válida la idea de que oponer la *no culpabilidad* a la inocencia equivaldría admitir una noción intermedia entre los dos conceptos que entorpecería la interpretación y aplicación de la regla.

La doctrina mayoritaria, en cambio, desde diversos enfoques teóricos, estima que es plausible conciliar la presunción de inocencia dentro de un régimen procesal cautelar. El método consiste en configurar los presupuestos mínimos que autoricen la medida restrictiva de libertad sólo a los casos donde sea estrictamente indispensable. En esta línea, la prisión preventiva debe ser mirada siempre desde los criterios legitimadores de la presunción de inocencia en tanto principio cardinal y regla de trato, los que unidos a los principios que ya repasamos sobre las medidas cautelares (provisionalidad, instrumentalidad, proporcionalidad, responsabilidad, legalidad y jurisdiccionalidad) posibilitan la justificación del uso limitado y racional de la prisión preventiva. Una regulación legal que restrinja la prisión preventiva a los casos estrictamente necesarios tiende a procurar y resguardar el momento procesal donde se discuta la inocencia probatoria del acusado y el dilema de su castigo, es decir, posiciona al juicio oral en el sitio que merece. Por el contrario, una regulación más amplia y flexible, que relaje los criterios y parámetros para hacer procedente la aplicación de la prisión preventiva, coadyuva a que el foco de atención se desplace desde el momento ulterior del juicio penal (desvalorizándolo y opacando su importancia) hacia una etapa procesal temprana que no está diseñada para inmiscuirse en la determinación de las condiciones que habilitan a establecer la culpabilidad del acusado⁸⁰⁷.

Ahora bien, las visiones que desde el *compatibilismo* se ofrecen sobre la capacidad de hacer convivir la regla de trato con la prisión preventiva son absolutamente disímiles. A continuación expondremos los principales argumentos que al efecto ha construido la denominada doctrina mayoritaria.

En primer lugar, repasaremos la perspectiva de Laudan sobre la discusión. Para el epistemólogo -sobre la base de ciertos pronunciamientos de la jurisprudencia norteamericana-, sería ingenuo pensar que el beneficio jurídico que otorga la presunción de inocencia al acusado pudiera extenderse a etapas externas a la del juicio oral⁸⁰⁸. A diferencia de la concepción mayoritaria que mantiene el resto de los países -percepción que el mismo autor señala expresamente- la Corte Suprema de Estados Unidos, hace varios años, ha sido clara en considerar que el ámbito de aplicación exclusivo

⁸⁰⁷ DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* pp. 14-15.

⁸⁰⁸ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 142.

de la presunción de inocencia es la del juicio oral. El voto de un magistrado norteamericano en un caso de fines del siglo XX así lo expresa:

“Sin duda alguna, la presunción de inocencia desempeña un papel importante en nuestro sistema de justicia penal... Sin embargo, este principio no tiene aplicación en la determinación de los derechos de una persona confinada a prisión preventiva antes de que comience su juicio”⁸⁰⁹.

En este sentido, la presunción de inocencia sólo tiene relevancia cuando -en un sistema de *common law*- se instruye a los miembros del jurado o al juzgador de los hechos de que no partan el juicio con una idea preconcebida desde el prejuicio o sesgo que genera el hecho de que una persona enfrente una acusación penal sujeto a un encarcelamiento preventivo, y sólo guarden atención a la decisión de culpabilidad o inocencia sobre la base de las pruebas disponibles que se rindan en el juicio. En este sentido, lo que Laudan postula es una interpretación restrictiva de la presunción de inocencia. En su concepción, muchas decisiones que se toman a lo largo del procedimiento -entre las que se encuentra la prisión preventiva- no tendrían cabida si es que se concibiera en un sentido amplio el contenido de esta regla⁸¹⁰. Si esto es así, no habría grandes problemas en compatibilizar la presunción de inocencia con el régimen de medidas cautelares porque justamente estas formas de coerción procesal no estarían sustentadas, ni en su configuración ni en su aplicación (al menos, no exclusivamente), en la inocencia. De hecho, desde esta visión, donde el régimen de aplicación cautelar termina (etapa en la cual la presunción no actúa) es donde comienza el juicio oral (etapa en la cual la presunción sí actúa) a la cual dichas medidas están subordinadas, y es recién en ese instante procesal, donde toma relevancia y alcance la presunción de inocencia (ya no como regla de trato, sino como regla de juicio⁸¹¹).

⁸⁰⁹ *Ibíd.* p. 143. El caso es interesante porque precisamente analiza el alcance de la regla en el contexto de las malas condiciones en las que se encontraba las instalaciones de un recinto carcelario destinados exclusivamente a presos que estaban a la espera de su juicio. En otra parte de su obra, Laudan reproduce la siguiente argumentación de la Corte Suprema de Lousiana: “(...) La presunción de inocencia opera en la etapa de juicio y protege al acusado de una condena, no contra el arresto (o la puesta bajo custodia)”. *Ibíd.* p. 144.

⁸¹⁰ *Ibíd.* p. 145. Entre nosotros sostiene la misma posición PFEFFER URQUIAGA, E. 2002a. *op. cit.* p. 53.

⁸¹¹ No es objeto de estudio de la presente memoria la faceta de juicio de la presunción de inocencia, pero igual ésta merece que se realice una breve consideración sobre su significado. La dimensión como regla de juicio significa que la presunción de inocencia en la etapa final del procedimiento “actúa como criterio decisorio en los casos de incertidumbre acerca de la *questio facti*”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* pp. 209, 246-247; GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 63. Es decir, se trata de aquellos casos en que luego de efectuar la valoración de la prueba, el resultado probatorio no es concluyente para superar el estándar probatorio (corolario de una actividad probatoria insuficiente), y por tanto, subsistiendo una duda irresoluble para tomar una decisión, debe resolverse en favor de la inocencia, a efectos de evitar el *non liquet*. La regla de juicio no está exenta de algunos problemas de exactitud conceptual, como por ejemplo, aquella que marca la tenue distinción entre la presunción de inocencia como regla de juicio o el *in dubio pro reo*, cuestión teórica que hunde sus orígenes en la jurisprudencia constitucional española y que, simplificada, se origina cuando en caso de duda, se dicta una sentencia absolutoria la que es reconducida como un efecto del principio *in dubio pro reo*. Así, autores como Giovanni Cisternas, Mónica Bustamante Rúa, Juan Jara Müller, Jordi Nieva, Perfecto Andrés Ibáñez, Raúl Tavorari (por nombrar algunos de los que hemos estudiado) señalan que ambos conceptos son lo mismo o bien, se desprende de sus trabajos que no identifican o perciben mayores diferencias entre uno y otro; en cambio, autores como Rafael Fontecilla, Jordi Ferrer, Mercedes Fernández

Una concepción restringida de la presunción de inocencia despeja cualquier tipo de objeción pronunciada sobre la posibilidad de conciliar dicha regla con la prisión preventiva, pero al mismo tiempo, desatiende la verdadera naturaleza jurídica de la norma y la priva de sus principales efectos al interior de un proceso penal. Asumir el *compatibilismo* desde la reciente concepción esbozada es contraproducente con lo que hemos venido diciendo de la regla desde el punto de vista de sus características y consecuencias jurídicas en un *modelo constitucional de proceso*. Ahora bien, la visión presentada sí ofrece una ventaja, cual es que sitúa el foco de la discusión de la derrotabilidad de la presunción de inocencia en el lugar donde debe estar, que es en la etapa de enjuiciamiento. En efecto, la vigencia de los presupuestos de la inocencia solo pueden verse defraudados hacia el final del proceso, razón por la cual es conceptualmente imposible que la aplicación de la prisión preventiva pueda, en una fase temprana y preliminar, anticipar los efectos que están diferidos a la irrogación de una pena. Este es el argumento principal que desde otra perspectiva del *compatibilismo* queremos abordar en lo que sigue.

La prisión preventiva no puede, técnicamente, constituir la aplicación anticipada de la pena ni con ello, presumir la responsabilidad penal, porque su naturaleza jurídica, función y ámbito de aplicación son divergentes. En efecto, mientras la naturaleza jurídica de la prisión preventiva es ser una medida de aseguramiento ligada a una propiedad provisional e instrumental, la de la pena tiene un carácter eminentemente sancionatorio (independiente de la teoría legitimadora que se asigne a la pena, pudiendo ser retribucionista o utilitarista en sus diversas modalidades). Del mismo modo, si la lógica de actuación de la primera es cautelar (asegurar exclusivamente la realización de los fines del procedimiento), la lógica de actuación de la segunda es punitiva (irrogar un mal por el hecho punible cometido⁸¹²). Esto está lejos de negar el problema de la compatibilidad entre los dos conceptos. Antes bien, es una forma de hacerse cargo del mismo y optimizar el rendimiento explicativo de la tesis *compatibilista*⁸¹³.

Si la función de ambos institutos es distinta y lo que se quiere es que dichos fines sean operativos, entonces, el ámbito de aplicación de uno y otro deben ser necesariamente divergentes. La

López, Igartúa Salaverría, Daniel González Lagier, Miguel Ángel Montañés, Jonatan Valenzuela, Larry Laudan, Alex Carocca, Sabas Chahuán, Ángela Ester Ledesma, Raúl Carnevali, Ignacio Castillo Val, señalan que son elementos diferentes, o al menos, se pronuncian respecto a esta distinción y no la omiten.

⁸¹² DEI VECCHI, D. 2013. *op. cit.* p. 202. En Chile, las primeras críticas deslizadas en este sentido fueron publicadas por Juan Bustos en pleno vigor del antiguo procedimiento penal. BUSTOS R., J. 1994. *op. cit.* p. 25.

⁸¹³ Ferrer considera que algunas de las perspectivas de la tesis *compatibilista* yerran si su punto de partida es negar el dilema. Él propone cambiar el foco del debate hacia los límites de la presunción de inocencia como regla de trato y preguntarse si acaso esta puede ser derrotada. FERRER, J. 2010b. *op. cit.* pp. 9-11. Algo similar postula Mercedes Fernández López al expresar que el auto de prisión -conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española- puede poner en entredicho la presunción de inocencia como regla de trato cuando se asimila la situación del imputado a la del culpable. No obstante, en abundante jurisprudencia, la Magistratura Constitucional española ha concluido que las medidas cautelares no vulneran en caso alguno la presunción de inocencia. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* pp. 226-227.

decisión cautelar es un *juicio prospectivo* porque está orientada en asegurar -hacia el futuro- los fines del procedimiento, en cambio, la decisión condenatoria o absolutoria es un *juicio retrospectivo*, porque está destinada a determinar -sobre la prueba de los hechos que acaecieron en el pasado- la culpabilidad o inocencia del acusado⁸¹⁴. En las palabras del profesor Jonatan Valenzuela: “Se pena, centralmente, porque se cometió un delito, no para que no se vuelva a cometer delitos en el futuro”⁸¹⁵.

Los ámbitos de aplicación no pueden teóricamente colisionar, por mucho que ambos estén estrechamente vinculados y funcionalmente entrelazados, toda vez que la vigencia de la presunción de inocencia se pone en jaque y puede ser enervada en forma definitiva en la fase de enjuiciamiento⁸¹⁶. Este es el único lugar donde la primitiva situación de inocente puede verse alterada mediante el ejercicio probatorio idóneo que sea capaz de acreditar la culpabilidad probatoria, traspasar el estándar de prueba de condena y arribar a la dictación de una sentencia condenatoria. Antes de la llegada de esta etapa, la disputa del escenario procesal de inocencia es ficticia, puesto que lo que está en riesgo es la realización de los fines del procedimiento que se pretenden atenuar con la disposición de las medidas cautelares. Evidentemente que estas últimas deben estar limitadas en su dictación por la presunción de inocencia, la que debe ser respetada y protegida durante todo el iter procesal. Por lo tanto, un día de encierro a *título de medida cautelar* no es -ni puede ser- equivalente a un día de encierro a *título de sanción penal*, máxime si en el primero el Estado se obliga a tratar al imputado como inocente (artículo 150 del Código Procesal Penal) y en el segundo, el Estado obliga a tratar al condenado como culpable (artículo 468 del Código Procesal Penal).

Esta palmaria diferenciación sobre los alcances de la prisión preventiva, la sanción punitiva y la forma de vincularse con la inocencia probatoria, ha llevado a algunos autores a negar una pretendida pugna no desde la imposibilidad de la convivencia entre ambos elementos, sino desde la inexistencia de un “espacio para convivir”⁸¹⁷. Es decir, el mundo de los intelectuales dedicados a cultivar el ámbito de estudio al que nos abocamos en esta memoria, no se divide únicamente en *compatibilistas* y *no compatibilistas*, sino que dentro del amplio espectro de posiciones es posible identificar a algunos que

⁸¹⁴ VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 64; VALENZUELA, J. [s.a.], *op. cit.* p. 3. Por lo mismo, Rubén A. Chaia llama al proceso penal en su conjunto como una “máquina retrospectiva”. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 166.

⁸¹⁵ VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 63. El profesor Jonatan Valenzuela denomina a la disputa sobre la derrota del estatuto de inocencia como “dilema del castigo del inocente”, la que solo podría tener coherencia y sentido mediante una teoría retribucionista (absoluta) de la pena. En nuestra opinión, al margen de los fundamentos de la pena a los cuales se adhiera, el pretendido dilema del castigo del inocente no se presenta en una fase preliminar a la del juicio oral, por lo que malamente podría en esa etapa destruirse a la presunción de inocencia.

⁸¹⁶ “(...) la prohibición de considerarlo *prima facie* culpable (...) sólo es posible dejarla de lado cuando el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en la materia, pronuncie la sentencia firme que declare la culpabilidad del acusado y lo someta a una pena”. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 358. En el mismo sentido IBÁÑEZ, P. 1997. *op. cit.* p. 11.

⁸¹⁷ VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 59. V.t. VALENZUELA, J. [s.a.], *op. cit.* p. 7. A pesar de eso, Valenzuela cree que su tesis puede ser incluida en el espectro del *compatibilismo*.

no pueden ser encasillados en una u otra postura -al menos, no categóricamente-, porque en su concepción teórica no es posible advertir entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia un encuentro de convivencia⁸¹⁸. A decir verdad, en su concepto, sería más bien erróneo hablar de la presunción de inocencia en el entorno de una medida cautelar⁸¹⁹, en la medida que la primera no tiene incidencia alguna en la segunda.

Ahora bien, una cuestión sumamente preocupante pero que es absolutamente distinta a lo planteado, son los problemas que subyacen a las indignas condiciones carcelarias en los que se ejecuta materialmente la privación de libertad a título de prisión preventiva y también a título de sentencia penal (hacinamiento⁸²⁰, desabastecimiento de agua, problemas de seguridad, etc.), las que podrían equivocadamente y peligrosamente acercar a la primera a una pena efectiva además de producir enormes problemas criminológicos colaterales (aumento en la reincidencia, contacto criminógeno de sujetos que no presentan antecedentes penales, nulo efecto disuasivo de la cárcel, ausencia de políticas reinserción social, fomento de carreras delictivas, fenómeno de prisionización, exclusión social, entre otras) de los cuales, ya han dejado expresa constancia los organismos internacionales de Derechos Humanos⁸²¹. En efecto, la situación desmejorada de los imputados sujetos a la prisión preventiva no se condice con el propósito legal originario que se tuvo a la vista al querer otorgar una protección mínima a esta categoría de presos, destinándolos en un establecimiento diferente (separado de los condenados por sentencia firme) y en un régimen de cumplimiento que prohíbe que la prisión adquiera las características de la pena^{822 823}, precisamente porque los primeros conservan un estatuto de inocencia

⁸¹⁸ Llama la atención algunos otros teóricos que parecieran encontrarse dubitativos al respecto, señalando por momentos la clara contradicción entre presumir inocente al imputado pero contemporáneamente autorizar la privación de su libertad antes de la sentencia; para luego concluir la compatibilidad del principio de inocencia con la aplicación de medidas cautelares. COLOMBO CAMPBELL, J. 2005. *op. cit.* pp. 23, 26, 39.

⁸¹⁹ VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* p. 57.

⁸²⁰ Un informe de Gendarmería de Chile indica que hasta el 31 de octubre de 2016, el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur tenía 5.057 personas privadas de libertad, lugar que está diseñado para un máximo de 2.384 sujetos. AGUAYO, D. y DUARTE, F. 2017. Gendarmería: un tercio de los reos en Chile está en prisión preventiva. [en línea]. La Tercera. 19 de marzo 2017. <<http://www.latercera.com/noticia/gendarmeria-tercio-los-reos-chile-esta-prision-preventiva/>> [consulta: 21 abril 2017].

⁸²¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de 2009 ha establecido la siguiente recomendación: “Las políticas que propician el empleo de la privación de libertad como instrumento para la disminución de los niveles de violencia y las tasas de delincuencia, más allá de lo debatible de su eficacia, han generado incrementos en la población penitenciaria. Sin embargo, la inmensa mayoría de los países de la región no contaban, ni cuentan, con la infraestructura ni con los recursos humanos o técnicos necesarios en su sistema penitenciario para garantizar a las personas privadas de libertad un trato humano”. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2016. Informe I sobre el Proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación a la versión aprobada en segundo trámite constitucional por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Santiago, Chile. Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos., p. 39.

⁸²² Asimismo lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 10.2 Este tema está fuera de la órbita de discusión de esta memoria, no obstante ello, es menester señalar que algunos autores han planteado que este problema no nos puede llevar a colegir una anticipación punitiva de facto, considerando además que existen otros tipos de privación de libertad (o de conculcación de otros derechos con igual o mayor severidad) que la prisión preventiva y que no

que los segundos han perdido. Este, es a nuestro juicio, el miedo real a la prisión preventiva que alertaba Ferrajoli y de la cual deben hacerse cargo las autoridades estatales como un serio problema de política pública.

Por último, y esto es algo que abordaremos en el tercer capítulo, asimilar la decisión de la prisión preventiva a una decisión punitiva de facto entraña otra dificultad teórica, y es que nos conduce forzosamente a concluir que el estándar de prueba utilizado en la decisión de condena es el mismo que debió ser alcanzado en la decisión cautelar, cuestión que no es y no puede ser aceptable. *El grado de corroboración de la hipótesis de culpabilidad probatoria no puede ser el mismo grado de corroboración exigible de la hipótesis que solicita la concesión de la prisión preventiva, en atención a los distintos aspectos que están en juego en diferentes etapas procesales.* Este es el punto central al cual pretende llegar este trabajo, puesto que todo lo que hemos dicho sobre el contenido de la regla de trato puede devenir en irrelevante si es que no se dispone en materia de medidas cautelares personales de un estándar de prueba objetivo e intersubjetivamente controlable que le otorgue racionalidad y validez a este tipo de decisiones⁸²⁴.

Con todo, nos hacemos parte de la doctrina mayoritaria del *compatibilismo*. En efecto, el camino para hacer conciliar la prisión preventiva con la presunción de inocencia es que aquel que intenta lograr su congruencia con el carácter provisional, instrumental, proporcional y excepcional de las providencias cautelares, de modo que se limite su aplicación a los casos en que sea estrictamente necesario. En nuestra opinión, no es cierto que no exista la presunción de inocencia en esta sede, sino que simplemente se encuentra mediatizada por el régimen de coerción procesal. Esta lógica de razonamiento es, por lo demás, la seguida no sólo por los tribunales nacionales, sino por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸²⁵. Ahora bien, debemos ser cautos con aceptar incuestionablemente la premisa anterior, toda vez que adherir a una tesis *compatibilista* nada nos dice todavía sobre el fin último de la discusión, esto es, sobre las razones que justifican encarcelar preventivamente a la persona que se le atribuye la participación en la comisión de un delito.

necesariamente se vinculan con una pena, v.gr., centros psiquiátricos. Otro problema que merece ser abordado en otra oportunidad es aquel que versa sobre el abono en beneficio del condenado de los días que estuvo privado de libertad en razón de la prisión preventiva. Sobre lo primero véase DEI VECCHI, D. 2013. *op. cit.* p. 203. Sobre lo segundo véase VALENZUELA, J. 2011. *op. cit.* pp. 65-66.

⁸²³ La información entregada por Gendarmería de Chile al año 2015 consigna que la población penitenciaria ha aumentado drásticamente. Solo en nueve regiones del país existe “una tasa de ocupación femenina, masculina o ambas superiores al 100% (...). En términos de sobrepoblación por unidad penal, 9 cárceles en nuestro país presentan índices de hacinamiento, esto es una tasa de ocupación mayor al 200%, en su gran mayoría se trata de cárceles pequeñas como Calama, Copiapó, Limache, pero también afecta al principal centro penitenciario del país; CDP Santiago Sur”. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2016. *op. cit.* p. 31.

⁸²⁴ FERRER, J. 2010b. *op. cit.* p. 3.

⁸²⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. *op. cit.* pp. 227-228.

2.3. Evidencia empírica en torno al uso de la prisión preventiva

Para finalizar este capítulo, expondremos algunas estadísticas que revelan la importancia del uso de la prisión preventiva en el sistema procesal chileno. La mayor o menor amplitud de la aplicación de esta medida de coerción ha generado múltiples e intensos debates políticos, jurídicos y sociales al respecto, poniendo de relieve los grandes desafíos que se presentan continuamente para las políticas públicas y la praxis judicial. Antes de proceder a su análisis, hay que expresar nuestra preocupación por la ausencia de evidencia empírica integral y de estudios específicos cualitativos en la realidad chilena, lo que obliga muchas veces a un tratamiento de la problemática en base a supuestos o especulaciones que nos impide arribar a conclusiones definitivas. En efecto, los estudios disponibles sobre la materia y su real incidencia son escasos si se comparan con la exhaustividad y confiabilidad que entregan diversas investigaciones sobre otras aristas del fenómeno delictivo. La utilidad de contar en Chile con más y mejores estudios en la materia dice relación con la posibilidad de corroborar si lo que hemos venido diciendo sobre la concepción de la prisión preventiva desde el plano de la teoría tiene correspondencia y repercusión con la realidad práctica.

La investigación empírica disponible nos revela que el uso de la prisión preventiva es desproporcionado⁸²⁶ y que sus causas se encuentran y arrastran desde el modelo procesal inquisitivo⁸²⁷. Los expertos Mauricio Duce y Cristián Riego explican, en base a las Estadísticas de Gendarmería de Chile, que durante el período de 1980-1999 un alto porcentaje de personas esperaban su juicio encerrados preventivamente, lo que sumado a las personas detenidas en recintos carcelarios, alcanzaban aproximadamente el 60% del total de presos⁸²⁸. Las cifras son ratificadas por otro estudio durante el año 2001 realizado por la Fundación Paz Ciudadana (también citado por los autores) donde se confirma que incluso en delitos de baja gravedad el uso de la prisión preventiva fue frecuente⁸²⁹.

Al uso indiscriminado de la prisión preventiva se agrega otro problema que es el excesivo tiempo de duración de la misma, el que ponía en entredicho la función propiamente cautelar de esta medida de aseguramiento. El mismo informe entregado por la Fundación Paz Ciudadana revela que en

⁸²⁶ No solo en Chile, sino que en la región Latinoamericana. Villadiego nos explica que la prisión preventiva alcanza el 41% del total de personas privadas de libertad en América Latina, al punto de que en muchos países “los porcentajes de prisión preventiva son superiores al promedio. Así por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Guatemala, Haití, Honduras, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, Venezuela, el porcentaje supera el 50%”. VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* pp. 613-614.

⁸²⁷ Las causas están vinculadas con las principales características del sistema inquisitivo descritas anteriormente, entre las que cabe agregar: (i) función de investigación, acusación y juzgamiento concentrada en una sola persona; (ii) procedimiento escrito y secreto; (iii) régimen de inexcusabilidad. DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* pp. 3-4.

⁸²⁸ *Ibíd.* p. 5.

⁸²⁹ *Ibíd.* p. 5.

gran parte de los delitos (robos, hurtos, tráfico de drogas, homicidio, violación, abusos deshonestos, lesiones) el tiempo promedio de duración varía entre 6 meses y un año, y que en delitos de menor gravedad (como las lesiones) el promedio era de 2,6 meses⁸³⁰.

El panorama general no cambió rotundamente con el inicio de la reforma procesal penal. Si bien al inicio de esta se logró el objetivo de racionalizar el uso de la prisión preventiva de cara a otorgar una mayor protección al derecho fundamental de la presunción de inocencia y hacer operativo el principio de última ratio, las cifras entregadas por el Poder Judicial en los últimos años ha mostrado una tendencia de progresivo mantenimiento o aumento en el uso de la prisión preventiva, sobre todo en aquellos delitos de mayor gravedad en que casi automáticamente se dicta esta medida cautelar bajo el alero normativo de los criterios dispuestos para cautelar la seguridad de la sociedad⁸³¹.

Los datos estadísticos proporcionados por diversas instituciones públicas (Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Poder Judicial, Gendarmería de Chile) y que fueron recogidos por el trabajo de Duce y Riego sobre el funcionamiento del nuevo sistema procesal penal, arrojan que en los primeros años de la reforma los objetivos perseguidos en materia de prisión preventiva fueron aparentemente conseguidos, es decir, la extensión de su aplicación disminuyó. En efecto, solo respecto del 20% total de imputados formalizados se dictó en su contra la prisión preventiva, proporción que disminuye de forma poco significativa entre los años 2004 y 2005⁸³², a pesar de que un reflejo real de la situación existente puede darse recién entre los años 2006 y 2007, toda vez que es en dicho período cuando la reforma pudo asentarse en forma definitiva a lo largo de todo el país⁸³³.

En efecto, según los datos aportados por la Defensoría Penal Pública, durante el año 2006, de los 201.267 imputados representados judicialmente por dicha institución, el 15,9% estuvo privado de libertad mediante la prisión preventiva. En el año 2007, de los 247.367 imputados representados judicialmente por dicho órgano, al 15,6% se le aplicó la misma medida cautelar. En el año 2008, de los 296.146 imputados, sólo a un 16,6% se le decretó la prisión preventiva⁸³⁴. Las estadísticas entregadas por el Ministerio Público no son tan diversas, considerando que deberían ser -en teoría- más representativas que las de la Defensoría dado que contemplan el universo total de las causas que fueron perseguidas penalmente y que por lo tanto, pasaron por el sistema penal. Así, en el año 2006, la prisión

⁸³⁰ *Ibid.* p. 8.

⁸³¹ GEISSE, F. 2015. Presunción de inocencia o juicio anticipado, un debate necesario. Revista 93 de la Defensoría Penal Pública. Año 7 (N° 12): p. 9.

⁸³² Datos extraídos de los anuarios estadísticos interinstitucionales de la reforma procesal penal de los años 2004, 2005, 2006, 2007. DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* pp. 19-20.

⁸³³ *Ibid.* p. 50.

⁸³⁴ La Defensoría advierte que a pesar de la disminución porcentual en cada año, el número total de imputados en forma desagregada aumentó de 12.193 a 20.060 personas. *Ibid.* pp. 20-21.

preventiva fue dictada en un 15,8%; en el año 2007, fue dictada en un 15,1%; y en el año 2008, fue dictada en un 11,0%⁸³⁵. Finalmente, los datos proporcionados por las estadísticas del Poder Judicial dan cuenta de que “de un total de 822.896 imputados contra quienes se formalizó la investigación entre los años 2000 a 2009 (mes de octubre), se habría decretado la prisión preventiva en 92.907 casos, es decir, en un 11,29% de los casos”⁸³⁶.

A la luz de los datos proyectados, la declaración de intenciones y propósitos manifestada con el cambio de paradigma que pretendió ser la reforma procesal penal en el control de la dictación de la prisión preventiva, se concretizó al comienzo de la misma. Sin embargo, los problemas del automatismo inherente al modo de tomar la decisión judicial y la ausencia de un debate profundo y debidamente fundamentado en la audiencia cautelar, es algo que aún no ha podido ser superado en el modelo procesal vigente, sobre todo cuando se trata de la persecución penal de los delitos más graves. Así, por ejemplo, respecto de los delitos que tienen asignada en abstracto una pena de crimen, la tendencia a imponer la prisión preventiva se mantuvo casi incólume, sin perjuicio de que en lo global las cifras son inferiores a las del sistema inquisitivo⁸³⁷. Esto ha sido confirmado además a través de entrevistas realizadas por Riego y Duce a los actores del sistema⁸³⁸ y su experiencia en diversas capacitaciones que han realizado a fiscales y jueces, en donde es común encontrarse con que “la sola invocación de la gravedad de la pena asignada a un delito jueces den lugar a prisiones preventivas dando por acreditado la necesidad de cautela ‘peligro para la seguridad de la sociedad’”⁸³⁹.

Por otro lado, el impacto que tuvo la reforma procesal penal en la excesiva duración de las prisiones preventivas, sobre todo de los delitos más graves, no fue tan significativo. Si bien el tiempo promedio es menor de lo que se contemplaba en el sistema antiguo, hacia el año 2007 se duplica la duración de la prisión preventiva en comparación a lo que era el número de días promedio de los años 2004 y 2005⁸⁴⁰.

Las estadísticas más actualizadas entregadas por el Poder Judicial vienen a confirmar lo señalado anteriormente, en orden a que la pretendida racionalización del uso de la prisión preventiva

⁸³⁵ *Ibíd.* p. 21.

⁸³⁶ *Ibíd.* p. 22.

⁸³⁷ *Ibíd.* pp. 28-30. Los expertos mencionados atribuyen esta baja general a la labor del Ministerio Público (y no tanto del Poder Judicial) relativa a seleccionar, enfocar y dirigir el esfuerzo de solicitar la prisión preventiva en aquellos casos en que sea absolutamente indispensables. Además, consideran que las posibilidades que entrega el nuevo sistema de terminar las causas en la primera audiencia ya sea por un procedimiento simplificado, abreviado o el arribo a una salida alternativa, es una gran alternativa con la que cuenta el ente persecutor para atender eficientemente el volumen de causas que maneja.

⁸³⁸ *Ibíd.* p. 39.

⁸³⁹ *Ibíd.* p. 39. En la visión de los autores, el mismo problema se extiende a las Cortes de Apelaciones y al modo en que éstas resuelven los recursos de apelación de prisiones preventivas utilizando para sus efectos, criterios muy similares a los del sistema inquisitivo.

⁸⁴⁰ *Ibíd.* pp. 32-33.

no ha sido completamente alcanzada en los últimos años. Según un informe del año 2016 del Instituto Nacional de Derechos Humanos, apoyado en las estadísticas del Poder Judicial, “durante el período 2006-2013, el 87,69% de las solicitudes de prisión preventiva fueron acogidas por los tribunales de primera instancia, cifra que sube al 88,55% considerando los casos en que se concede a nivel de Corte de Apelaciones”⁸⁴¹. Solo en el año 2013, de 24.921 prisiones preventivas solicitadas en 1° instancia, 21.714 fueron concedidas y 3.207 fueron rechazadas, siendo recurrente en delitos contra la propiedad, delitos contra las personas y tráfico de drogas. La tabla a continuación muestra la tendencia en ese período⁸⁴²:

Tabla N° 1

Solicitud de prisiones preventivas en 1° instancia período 2009-2013 según información del Poder Judicial

PP \ Años	2009	2010	2011	2012	2013
Solicitadas	31.312	30.339	29.302	30.177	24.921
Concedidas	27.117	26.379	25.620	26.351	21.714
Rechazadas	4.195	3.960	3.682	3.826	3.207

Esta situación que pareciera ser sorprendente en realidad no lo es tanto si consideramos que durante el período 2000-2009 (hasta el mes de octubre), de un total de 822.896 imputados, se decretaron 92.907 prisiones preventivas (11,29%) y sólo se rechazó en 10.685 casos (10,3%)⁸⁴³.

La información más reciente en materia de prisiones preventivas dictadas en 1° instancia es la que se obtiene de la Cuenta Pública del año 2017, con motivo del inicio del año judicial en referencia. Las cifras son las siguientes⁸⁴⁴:

⁸⁴¹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2016. *op. cit.* p. 30.

⁸⁴² La tabla fue reproducida parcialmente en base a los datos que un medio de comunicación (Radio Bio Bio) obtuvo de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y que fueron publicados por el mismo medio. LÓPEZ, E. 2013. Poder Judicial exhibe estadística que desmiente tesis de la “puerta giratoria”. Radio Bio Bio. 12 de noviembre 2013. <<http://www.biobiochile.cl/noticias/2013/11/12/poder-judicial-exhibe-estadistica-que-desmiente-tesis-de-la-puerta-giratoria.shtml/>> [consulta: 08 octubre 2017].

⁸⁴³ DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* p. 22.

Tabla N° 2

Solicitud de prisiones preventivas en 1° instancia período 2010-2016 actualizada según información del Poder Judicial

Años PP	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Solicitadas	29.743	29.167	30.125	30.548	33.315	35.853	37.302
Concedidas	25.846	25.506	26.427	26.786	29.130	31.515	32.493
Rechazadas	3.897	3.661	3.788	3.762	4.185	4.338	4.809
Porcentaje PP rechazadas	13,1%	12,6%	12,5%	12,3%	12,6%	12,1%	12,9%

La evidencia empírica disponible en 2° instancia, esto es, el número de decisiones judiciales dictadas por las Cortes de Apelaciones como consecuencia de recursos de apelación interpuestos en contra de la resolución que rechazó la prisión preventiva, es el siguiente:

Tabla N° 3

Recursos de apelación de prisiones preventivas período 2010-2016 según información del Poder Judicial

Años Apelación PP	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Total n° de apelaciones ingresadas	616	581	753	799	858	897	947
Porcentaje	15,8%	15,9%	19,9%	21,2%	20,5%	20,7%	19,7%

⁸⁴⁴ Elaboración propia en base a los registros administrativos del Sistema Informático de Apoyo a la Gestión Judicial (SIJ): PODER JUDICIAL. 2017. Cuenta Pública año 2017. [en línea]. <<http://www.pjud.cl/documents/10179/6954767/1.4+Labor+Jurisdiccional+Tribunales+de+Primera+Instancia.pdf/90c00ac8-570a-4f84-8c63-4f6584dfa78a>> [consulta: 20 abril 2017].

de apelaciones ingresadas							
Concede la apelación (decreta PP)	250	258	330	338	387	406	418
Rechaza la apelación (deniega PP)	366	323	423	461	471	491	529
Porcentaje de rechazo en 2° instancia	1,2%	1,1%	1,4%	1,5%	1,4%	1,4%	1,4%

Según el Tablero Penal dispuesto en la página web del Poder Judicial, durante audiencias de control de detención realizadas entre el año 2010 y el año 2016 (en este último año solo se consigna información hasta el mes de junio) se decretaron en total, la siguiente cantidad de prisiones preventivas⁸⁴⁵:

Tabla N° 4

Solicitud de prisiones preventivas en audiencias de control de detención período 2010-2016 según información del Poder Judicial

Años	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
PP ACD							
Solicitadas	19.195	18.923	19.691	19.995	21.674	23.008	11.849
Concedidas	16.577	16.457	17.107	17.509	18.936	20.193	10.301
Rechazadas	2.618	2.466	2.584	2.486	2.738	2.815	1.548
Porcentaje de rechazo	13,6%	13,0%	13,1%	12,4%	12,6%	12,2%	13,1%

⁸⁴⁵ Elaboración propia en base al tablero del sistema penal obtenido de la página web del Poder Judicial. PODER JUDICIAL. 2017. Tablero sistema penal. [en línea]. <<https://public.tableau.com/profile/poder.judicial#!/vizhome/shared/M5R57WYYY>> [consulta: 20 abril 2017].

En general, las cifras expuestas por el Poder Judicial son relativamente similares con las cifras manejadas por el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, a pesar de que respecto de las primeras existan algunas variaciones medianamente significativas, en las cuales el número total de prisiones preventivas dictadas según el ente persecutor son inferiores al número total contenido en la información extraída del Poder Judicial. Solo haremos referencia a la evidencia disponible de prisiones preventivas del año 2014 hasta la actualidad, considerando que la de períodos anteriores ya se encontraría abarcada por los otros informes descritos anteriormente. En este sentido, el Boletín Estadístico Institucional del año 2015 elaborado por el Ministerio Público, señala que el total nacional de prisiones preventivas otorgadas durante el período comprendido entre el 01 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014 es de 21.572, según la base de datos institucional conocida como Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF⁸⁴⁶).

Este último boletín es de suma relevancia porque contiene la información más actualizada que conserva el órgano persecutor en cuanto a la dictación de la prisión preventiva desde el inicio de la reforma (período 16 de diciembre año 2000) hasta el 31 de diciembre de 2014, agrupada por región y año. Una síntesis de los datos a nivel nacional puede ser expuesta a través de la siguiente tabla⁸⁴⁷:

Tabla N° 5

Solicitud de prisiones preventivas actualizada según información del Ministerio Público

Años	2000-2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
PP									
Concedidas	18.839	20.504	22.050	23.687	23.868	22.132	20.707	20.878	20.633

Años	2014
PP	
Concedidas	21.572

⁸⁴⁶ MINISTERIO PÚBLICO. 2015. Boletín Estadístico Anual. [en línea]. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [consulta: 20 abril 2017].

⁸⁴⁷ Elaboración propia en base a las tablas confeccionadas por el Ministerio Público en su Boletín Estadístico Anual del año 2015. *Ibidem*.

A pesar de que el informe precedente no incluye el total de prisiones preventivas solicitadas y rechazadas, ni una categoría de delitos sobre las cuales esta medida cautelar recae⁸⁴⁸, es un buen insumo para tener presente a la hora de extraer algunas conclusiones.

Según el Boletín Estadístico Institucional del año 2016, el total nacional de prisiones preventivas otorgadas durante el período comprendido entre el 01 de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2015 es de 22.645. Por último, de acuerdo al Boletín Estadístico Institucional del año 2017, el total nacional de prisiones preventivas otorgadas durante el período comprendido entre el 01 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2016 es de 23.716.

A su turno, el Informe Estadístico de la Defensoría Penal Pública del año 2014, el cual muestra solo una fracción de las causas ingresadas al sistema procesal penal vinculadas al proceso de representación legal que lleva a cargo la Defensoría, nos exhibe las siguientes estadísticas. El período de medición comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014 indica que se dictaron un total de 25.841 (12,4%) prisiones preventivas o medidas de internación provisoria (el estudio no distingue entre ambas, pudiendo ser la última con incomunicación o salida diaria) de un total de 208.574 medidas cautelares generales impuestas (artículo 155 del Código Procesal Penal, prisión preventiva, internación provisoria y otras medidas cautelares⁸⁴⁹). En el año 2015, se dictaron un total de 29.068 (12,1%) prisiones preventivas o medidas de internación provisoria, de un total de 239.486 medidas cautelares generales impuestas⁸⁵⁰. Finalmente, durante el período del año 2016, se dictaron un total de 30.595 (12,5%) prisiones preventivas o medidas de internación provisoria, de un total de 245.103 medidas cautelares generales impuestas⁸⁵¹.

Para complementar esta última información, según las estadísticas proporcionadas por Gendarmería de Chile, al 31 de octubre de 2016, habrían actualmente 43.866 personas privadas de libertad, de las cuales 14.371 sería a título de prisión preventiva⁸⁵². Los últimos datos elaborados por la

⁸⁴⁸ En sus anexos, el Boletín comprende una variedad de delitos activos en el sistema SAF sobre los cuales se estructura la conformación de las estadísticas, entre los que se incluyen: cuasidelitos; delitos contra la fe pública; delitos contra la libertad e intimidad de las personas; delitos contra las leyes de propiedad intelectual e industrial; delitos de justicia militar; delitos de leyes especiales, delitos de tortura, malos tratos, genocidio y lesa humanidad; delitos económicos y tributarios; delitos funcionarios; delitos de ley de drogas; delitos ley de tránsito; delitos sexuales; faltas; hechos de relevancia criminal; homicidios; hurtos; lesiones; otros delitos; otros delitos contra la propiedad; robos; robos no violentos. *Ibíd.* pp. 401-406. 2015.

⁸⁴⁹ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Anexo Informe Estadístico año 2014. [en línea] <http://www.dpp.cl/repositorio/148/399/estadisticas_2014> [consulta 20 abril 2017].

⁸⁵⁰ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2015. Anexo Informe Estadístico año 2015. [en línea] <<http://www.dpp.cl/repositorio/165/449>> [consulta 20 abril 2017].

⁸⁵¹ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2016. Anexo Informe Estadístico año 2016. [en línea] <<http://www.dpp.cl/repositorio/170/466>> [consulta 20 abril 2017].

⁸⁵² La categoría de delitos comprende: robos, drogas, delitos sexuales, hurtos, homicidios, control de armas, lesiones, ley de tránsito, delitos económicos, secuestros, infracciones ley de alcoholes, actos terroristas y seguridad interior y otros delitos. AGUAYO, D. y DUARTE, F. 2017.

Subdirección Técnica de Gendarmería de Chile, arrojan que la población penal atendida al 31 de marzo de 2017 en calidad de presos preventivamente asciende a 15.015 imputados (13.353 hombres y 1.622 mujeres) correspondientes al 13,68% de un total de 45,57% (50.013) dispuestos en subsistema cerrado⁸⁵³.

En general, más allá de algunas variaciones puntuales, la frecuencia general con la que se dicta las prisiones preventivas dentro del sistema procesal penal sigue siendo alta en los últimos años, en breves períodos de tiempo. Lo que pone de relieve este dato es que independiente de que el número individualmente considerado pueda mantenerse o aumentar paulatinamente en forma poco significativa en comparación al aumento global del ingreso total de causas dentro del sistema (lo que puede deberse según algunos autores, a que ha aumentado la capacidad del sistema para abarcar mayor cantidad de casos en la medida que se han diseñado nuevos instrumentos para hacer más eficiente la persecución penal o la “lucha contra el crimen”, lo que inevitablemente ha conducido a incrementar las detenciones, formalizaciones, y por consiguiente, las medidas cautelares), lo realmente incuestionable es que el porcentaje de rechazo de la prisión preventiva en 1° instancia es muy bajo (bordeando entre el 12% y el 13%) concediéndose casi el 90% de las prisiones preventivas solicitadas, lo que se condice además con el bajo porcentaje de rechazo que se produce a nivel de Corte de Apelaciones (el que no supera el 1,5%).

No deja de ser cierto que habitualmente los jueces cuando se encuentran en presencia de la imputación de un delito que tenga asignada legalmente una pena de crimen, les basta con hacer una prognosis de pena futura para que automáticamente dicten la prisión preventiva, lo que devela el vicio enquistado que hemos venido acusando en la judicatura chilena. Esta situación ha generado lamentablemente un importante número de casos en que se encierra preventivamente a una persona respecto de la cual después se dicta una sentencia absolutoria, o en los casos más graves, se termina condenando a personas inocentes. Al mismo tiempo, tal como señalábamos anteriormente, el juez no dispone de información objetiva, precisa y confiable para evaluar la necesidad de cautela y tampoco el sistema cuenta con mecanismos de supervisión de medidas alternativas a la prisión preventiva que sean altamente eficaces⁸⁵⁴. Otro factor a tener en cuenta, es que los sucesivos debates en el ámbito legislativo y las reformas legales (“contrarreformas”) que han visto la luz, han fomentado de manera

⁸⁵³ GENDARMERÍA DE CHILE. 2017. Población atendida al 31 de marzo de 2017. [en línea] <<http://www.gendarmeria.gob.cl/>> [consulta 20 abril 2017].

⁸⁵⁴ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* p. 618.

creciente las posibilidades de uso de la prisión preventiva, a pesar de que no todas ellas han tenido el impacto que inicialmente se esperaba⁸⁵⁵.

Corolario de todo lo anterior, es el ingente coste económico y social en que incurre el sistema carcelario considerando el aumento de la población penitenciaria que se ha producido en los últimos años⁸⁵⁶. Conviene tener presente que ya en el año 2007, el “costo total asociado a la prisión preventiva fue de 48.321 millones de pesos chilenos, (US 92.481 millones de dólares), siendo el 69% por costos directos y el 31% por costos indirectos”⁸⁵⁷.

En conclusión, nos parece que el tratamiento que se le ha dado a la prisión preventiva en la actualidad, desde su regulación legal y la práctica judicial imperante, ha endurecido su utilización, al menos, si se la mira desde los fines cautelares sobre los cuales se instituye la medida. Lo que los jueces han de procurar entonces es evitar la imposición arbitraria y abusiva de esta medida cautelar que pueda poner en riesgo o alterar de facto los principios y reglas sobre las cuales se inspira el funcionamiento del sistema penal garantista. Para ello, deberán reforzar con el rigor necesario los criterios de racionalidad que se imprimen en la toma de la decisión judicial, de manera que sean consecuentes con el cometido jurisdiccional al cual están llamados.

⁸⁵⁵ DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* pp. 49-50, 58-59. La misma hipótesis podemos ensayar respecto de la última modificación legal al Código Procesal Penal, la cual en materia de prisión preventiva introdujo un nuevo criterio de ponderación de la seguridad de la sociedad referida a la circunstancia de que el imputado tenga una orden de detención judicial pendiente, lo que, creemos, no necesariamente producirá un aumento exponencial en la dictación de la prisión preventiva, tal como aconteció con la Ley N° 20.253 de 2008 en que si bien aumentó el automatismo de conceder esta medida cautelar para los delitos más graves, dejó casi inalterable la situación para el resto de los delitos.

⁸⁵⁶ Considérese una proyección que hizo el Ministerio de Justicia y diversas organizaciones públicas y no gubernamentales en torno al impacto que produciría las modificaciones legales diseñadas por la “agenda corta anti delincuencia” del año 2016, en las cuales se señalan que la población penal podría aumentar en 3.500 condenados (12%) a un costo aproximado de \$320.000 por recluso, lo que en total supondría 13 mil millones de pesos de gasto público, presupuesto que por lo demás no fue considerado por el proyecto. FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. 2016. Análisis del proyecto de agenda corta antidelinquencia. Proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07. En: Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Santiago, Chile., p. 23. Se debe tener presente que Chile, según un informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos del año 2013, era uno de los países con más alto nivel de encarcelamiento a nivel global y el tercero a nivel regional, sin perjuicio de que los datos cuantitativos de encarcelamiento preventivo más recientes (noviembre de 2016) arrojados por el informe del *International Centre of Prison Studies* (“World Pre-trial/Remand Imprisonment List”) indican que Chile goza de cifras notoriamente inferiores con respecto a los demás países de la región. De una muestra de 13 países analizados en Sudamérica (cada uno con un número total de habitantes muy disímiles entre sí), el porcentaje de población en prisión preventiva es el siguiente: en 1° lugar se encuentra Paraguay (77,9%); en 2° lugar se encuentra Uruguay (69,4%); en 3° lugar se encuentra Bolivia (69,0%); y recién en 11° lugar se encuentra Chile (33,7%), con una tasa de 80 por cada 100 mil habitantes. Cabe destacar que el promedio mundial de prisión preventiva es de 27,0%, y solo en la región de América el promedio asciende a 36,3% (solo por debajo de África que posee un 41,5%), siendo nuestro continente el que más ha aumentado sus índices de encarcelamiento preventivo. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2016. *op. cit.* p. 31; WORLD PRISON BRIEF. 2016. World Pre-trial / Remand Imprisonment List. [en línea] <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wptribl_3rd_edition.pdf> [consulta 08 mayo 2017]. Como complemento, téngase en cuenta que según los datos consignados por la misma institución, el total de la población penal al 31 de julio de 2017 asciende al número de 42.807 (incluyendo personas condenas y en prisión preventiva). De este total, el 35% corresponde a “pre-trial detainee / remand prisoners”. WORLD PRISON BRIEF. 2017. Chile. [en línea]. <<http://www.prisonstudies.org/country/chile>> [consulta 20 septiembre 2017].

⁸⁵⁷ VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. *op. cit.* p. 617.

En lo que a nosotros respecta, nuestra propuesta consiste en establecer los lineamientos generales que permitan formular un debate teórico sobre la construcción de un estándar de prueba objetivo y cautelar que puede contribuir a solucionar los problemas de fundamentación que hemos revisado, de manera tal que fortalezca los límites de la aplicación de la prisión preventiva y confiera racionalidad a la decisión que concede o deniega esta providencia cautelar.

CAPÍTULO III: ESTÁNDAR DE PRUEBA CAUTELAR

3.1. Errores judiciales

“Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva”⁸⁵⁸.

La experiencia procesal penal local y comparada reposan en una premisa difícil de refutar: los sistemas de enjuiciamiento criminal cometen inevitablemente errores. El ejemplo paradigmático de esta tesis que emerge como punto de partida es aquella que pone el foco de atención en los errores judiciales que se producen de cara a la sentencia definitiva, ya sea condenando a un inocente o absolviendo a un culpable. No obstante ello, como han puesto de relieve importantes sectores de la doctrina procesal⁸⁵⁹, los errores que se producen en el sistema no solo se reconducen a la etapa final del procedimiento, ni mucho menos están única y exclusivamente conectados con la emisión de algún tipo de resolución judicial, pudiendo -de hecho- detectarse innumerables fallas en el funcionamiento del sistema procesal penal en una serie de acciones y comportamientos que se cometen asiduamente tanto en el ámbito judicial como extrajudicial⁸⁶⁰.

Cuando hablamos de “extrajudicial”, nos referimos a aquellos casos que aún no ingresan formalmente al sistema de enjuiciamiento criminal (es decir, situaciones de hechos que aún no se judicializan) y en los cuales ya intervienen en su esclarecimiento un conjunto de fiscales, policías y defensores so riesgo de incurrir en una eventual hipótesis de error. A modo de ejemplo, piénsese en aquellas diligencias de investigación llevadas a cabo por las policías en una etapa temprana de la persecución penal, las cuales adolecen de una serie de errores en su ejecución, como ocurre

⁸⁵⁸ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 603.

⁸⁵⁹ DUCE JULIO, M. 2013. ¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate. *Revistas Ius et Praxis* 19 (1): p. 78.

⁸⁶⁰ En el derecho anglosajón el tema de estudio se conoce como “*miscarriages of justice*”. En este se incluyen dentro de la cadena de errores la absolución de culpables, la no persecución de delitos que han sido efectivamente cometidos, el arresto o prisiones preventivas de personas inocentes que luego no son condenadas, entre otros. DUCE JULIO, M. 2015b. La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el período 2007-2013. *Revista Política Criminal del Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca*. Vol. 10 (N° 19): p. 162.

constantemente con la diligencia de reconocimiento del imputado por parte de la víctima o testigos⁸⁶¹. Como se puede intuir, las fuentes potenciales de error son inagotables.

Dada la extensión de este interesante tema de discusión y la incipiente preocupación que ha despertado en Chile en los últimos años entre los distintos actores del sistema procesal penal, es que en este capítulo nos abocaremos exclusivamente a la clase de error que se produce cuando en una audiencia de medidas cautelares personales, se concede erróneamente una prisión preventiva que conforme a los presupuestos legales no debió haberse concedido o se deniega erróneamente una prisión preventiva que conforme a los presupuestos legales sí debió haberse concedido. Para ello, es menester tomar una postura acerca del tipo de error que en un escenario inderogable de incertidumbre epistemológica estamos dispuestos a asumir, las razones que justifican tomar partido por una de estas formas de equivocación y el modo en que -una vez habiéndonos hecho cargo de la posición ético-política asumida en torno a la específica forma de reparto del riesgo de error-, podemos construir racionalmente un estándar de prueba cautelar (hoy inexistente) que permita distribuir diferenciadamente el riesgo de incurrir en una clase de error procesal. Todo lo anterior, siempre con el objetivo de controlar intersubjetivamente la racionalidad de la decisión cautelar.

En lo que sigue, pasaremos a revisar algunos conceptos sobre el significado del error judicial y los factores que facilitan su producción.

3.1.1. Concesión errónea de una prisión preventiva desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado-Juez

Para aproximarnos desde una perspectiva empírica a la noción de error judicial durante una fase preliminar del iter procesal, recurriremos al expediente de la *Responsabilidad del Estado-Juez*⁸⁶²,

⁸⁶¹ Un caso famoso fue el apodado por la prensa nacional como el “violador de Ñuñoa”. El caso se trataba de dos menores que fueron víctimas del delito de violación, tras lo cual erróneamente se dirigió la investigación en contra de un imputado previa diligencia de retrato hablado y reconocimiento fotográfico, cuestión que finalmente terminó por sobreseerse definitivamente en la etapa de investigación luego de ser sometido el imputado a una prueba de ADN que arrojó resultados negativos. LIBEDINSKY, S. 2011. Exigencias para un adecuado reconocimiento de imputados. Revista 93 de la Defensoría Penal Pública. Año 2 (N°6): pp. 34-35. Para el estudio de la materia y análisis de otros casos en que se cometen los mismos vicios, véase también MERINO, A. y REUSE, M. 2010. Testigos presenciales y reconocimiento de imputados en Chile. Aproximación a los procedimientos utilizados y propuestas para una mejora en las prácticas. (N° 15): 55-83; DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* pp. 92-98.

⁸⁶² Los requisitos que exige la Constitución para atribuir responsabilidad al Estado son: (i) que haya habido un proceso penal; (ii) que quien lo solicite debe haber sido procesado o condenado en cualquier instancia, aunque no haya sido privado de libertad en su tramitación; (iii) que con posterioridad a la encargaría de reo o a la condena se haya dictado sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo en su favor; (iv) que la víctima haya sufrido un daño; (v) que la Corte Suprema declare que la resolución que lo condenó o sometió a proceso fue “injustificada” o “arbitraria”. Los aspectos procedimentales de esta petición están regulados en el Auto Acordado de la Corte Suprema del 10 de abril de 1996. CARMONA SANTANDER, C. 2004. Responsabilidad del Estado-Juez. Revisión y Proyecciones. Revista de Derecho Público. Vol. 66, pp. 327-332.

invocando para ello el último caso en el cual la Excelentísima Corte Suprema dio lugar a la petición de declaración previa que habilita a ejercer la acción indemnizatoria en el ámbito de los errores judiciales penales, según lo consagra la letra i) del n° 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República⁸⁶³. Se conoce como responsabilidad del Estado-Juez a aquel régimen especial de rango constitucional que sanciona patrimonialmente al Estado, en tanto persona jurídica de Derecho Público, por los errores judiciales (y no por mal funcionamiento de los órganos jurisdiccionales⁸⁶⁴) que comete un juez en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales penales, ocasionando con ello un agravio a la víctima que ha sufrido injustamente el sometimiento a proceso o condena (en cualquier instancia de un procedimiento) como consecuencia de una resolución que la Corte Suprema -previamente- ha declarado injustificadamente errónea o arbitraria. En términos generales, mediante este mecanismo se refuerza el principio general de responsabilidad del Estado y se busca satisfacer algunos criterios de justicia material, en el sentido de reconocer al justiciable el derecho a reclamar del Estado la indemnización de los perjuicios patrimoniales y morales que se producen en su contra producto de una resolución judicial que lo ha sometido injustamente a proceso o lo ha condenado siendo inocente. El objetivo inmediato de esta vía constitucional es asegurar la efectiva tutela del bien jurídico de la libertad personal, y mediatamente, proteger la dignidad de las personas inocentes en el marco de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho⁸⁶⁵.

En causa Rol N° 1.579-2015 seguida ante la Excelentísima Corte Suprema, don Leonardo General Chavarría deduce acción tendiente a obtener la declaración previa a la acción indemnizatoria que concede la norma constitucional en comento, solicitando que se declare que la formalización, prisión preventiva (de más de tres meses), arresto domiciliario nocturno (de más de nueve meses) y el rechazo (en una audiencia de cautela de garantías) de la petición de la defensa en orden a obtener copia de la evidencia material en la cual se fundaba la imputación jurídico-penal, eran resoluciones

⁸⁶³ Artículo 19 n° 7 letra i) de la Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: 7° i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 22 septiembre 2005.

⁸⁶⁴ Es decir, un funcionamiento defectuoso de la Administración de Justicia, ya sea porque no funciona, funciona mal o funciona tardíamente. Si se pone atención, el concepto que acoge nuestro ordenamiento jurídico es sumamente restringido en comparación al factor de atribución de otros sistemas comparados como el francés (“funcionamiento defectuoso del servicio de justicia que implique falta grave o denegación de justicia”), italiano (“dolo o culpa grave, en el ejercicio de las funciones judiciales; o denegación de justicia”) o español (“funcionamiento anormal de la administración de justicia”). CARMONA SANTANDER, C. 2004. *op. cit.* pp. 314, 317.

⁸⁶⁵ “El fundamento de la indemnización es la privación, perturbación o amenaza a la libertad personal que representó para el justiciable que un Poder del Estado, el Poder Judicial, no satisficiera un estándar mínimo de convicción, ya fuere para procesar o condenar”. FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *op. cit.* p. 85. Lo anterior, al margen de la afirmación de la inocencia o culpabilidad del acusado y de si la víctima fue privada efectivamente de libertad o no.

injustificadamente erróneas o arbitrarias. Los antecedentes de hecho en que se basó la solicitud son las siguientes:

(i) El 13 de julio de 2013 el imputado individualizado fue formalizado por el delito de violación propia por tres hechos cometidos el 26 de junio, el 06 de julio y el 12 de julio de 2013, todos perpetrados en contra de la supuesta víctima Patricia Galindo Silva.

(ii) En dicha audiencia, el Ministerio Público solicitó que se impusiera en contra del imputado la medida cautelar de prisión preventiva, fundando su solicitud especialmente en un video del último hecho grabado por la víctima a través de su celular. El Juzgado de Garantía de Los Andes accedió a la petición y se decretó la medida cautelar personal.

(iii) El 22 de octubre del mismo año, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó la medida cautelar de prisión preventiva. Con posterioridad a eso, con fecha 29 del mismo mes, se impuso en contra del señor General Chavarría el arresto domiciliario nocturno, firma semanal y arraigo.

(iv) El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes declaró sentencia absolutoria en favor de don Leonardo General Chavarría, acogiendo la teoría del montaje sustentada por la defensa.

Los fundamentos de derecho más determinantes que fueron esgrimidos en la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema son los siguientes:

“**Cuarto:** (...) Al respecto, como ha dictaminado antes esta Corte en la causas Rol N° 4921-2014 de 9 de junio de 2014 y Rol N° 22.356-14 de 20 de abril de 2015, el fundamento o *ratio legis* del derecho a ser indemnizado que consagra el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución, es entre otras garantías, la afectación de la libertad personal del justiciable, pues el aludido derecho a indemnización forma parte del listado de ‘consecuencias’ que el citado precepto constitucional deriva del ‘derecho a la libertad personal y a la seguridad individual’ que asegura ‘a toda persona’. De ese modo, la alusión que el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución efectúa al sometimiento a proceso obedece precisamente a las generalmente gravosas consecuencias que para la libertad personal del procesado implica una prisión preventiva, sin perjuicio de otras cautelares que afecten de algún otro modo tal garantía constitucional.

Por tanto, si bien no es discutido que el actual procedimiento penal no contempla una resolución jurisdiccional que cumpla la función y conlleve los mismos efectos y cargas procesales para el imputado, que el procesamiento tratado en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, *no*

puede preterirse que la medida cautelar de prisión preventiva -así como las del artículo 155- en el procedimiento regido por el Código Procesal Penal exige, mutatis mutandi, los mismos extremos materiales del antiguo procesamiento, y afecta de la misma manera el derecho a la libertad personal del imputado, con lo cual una interpretación axiológica, garantista y sistemática debe llevar a concluir que dentro de la expresión “someter a proceso” utilizada por el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la República, se comprende hoy también a aquellas resoluciones de los artículos 140 y 155 del Código Procesal Penal en tanto afecten el derecho a la libertad personal del imputado”.

“Por otra parte, *el principio de supremacía constitucional*, consagrado en el artículo 6, inciso 1°, de la Constitución, impide justificar un debilitamiento del derecho de jerarquía constitucional a ser indemnizado del citado artículo 19 N° 7 letra i) por el expediente de un cambio a nivel meramente legal, menos aún si, como arriba se explicó, éste implica sólo sustituir el contexto e iter procesal en que se dicta la resolución que afecta el derecho a la libertad personal del sujeto de la persecución estatal, con el objeto de adecuarla a la nueva estructura acusatoria de enjuiciamiento criminal, pero conserva en idénticos términos los extremos materiales esenciales que hacen procedente su pronunciamiento, así como la consecuencia más gravosa que le da identidad y relevancia dentro del proceso, esto es, la privación o restricción de la libertad personal de aquel contra quien recae.

Lo que se viene reflexionando está en consonancia con uno de los principios fundantes del Estado de Derecho, como el de responsabilidad estatal, enunciado en los artículos 6, 7 y 38, inciso 2°, de la Constitución, y en armonía con el derecho convencional de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, de obligatoria consideración para el intérprete iusfundamental por la remisión que formula el inciso 2° del artículo 5° de nuestra Constitución. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, en su artículo 9.5, que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación, disposición que importa no sólo un compromiso de los Estados Partes de respetar y garantizar tal derecho, sino conforme al citado artículo 5, inciso 2°, un deber de promoción, que se traduce en el imperativo de optar por aquella interpretación del artículo 19 N° 7 letra i), que mayor y más completa protección brinde al derecho tutelado”.

Sexto: (...) La defensa del imputado General Chavarría se opuso a la imposición de la medida cautelar pretendida por el Fiscal, arguyendo en cuanto a los hechos, que las conductas denunciadas habrían sido consentidas por la supuesta víctima.

La magistrado de garantía, concluido el debate, resolvió: *“Habiendo oído a los intervinientes, teniendo presente lo expuesto por cada uno de éstos, encontrándose a juicio de esta Juez suficientemente acreditado los hechos materia de la formalización y la participación que al imputado le cabe en éstos, teniendo presente el carácter del ilícito, la reiteración de la conducta, la pena de crimen asignada al delito y el cumplimiento efectivo que arriesga el imputado y que por ahora no parece verosímil la tesis del caso que invoca la defensa, es que se da lugar a la solicitud del sr. Fiscal en orden a decretar la prisión preventiva en contra del imputado por considerar que la libertad del mismo constituye un peligro para la seguridad de la sociedad y para la seguridad de la ofendida”*⁸⁶⁶.

Séptimo: Que como esta Corte ya ha señalado, para acceder a la declaración que trata el artículo 19, N°7°, letra i), de la Constitución Política de la República, es necesario que se denuncien actuaciones de la judicatura desprovistas de elementos de convicción que habiliten su sustento racional o que fueran expedidas por voluntad meramente potestativa, caprichosa o insensata (SSCS N° 3450-2008 de 03 de noviembre de 2009, y Rol N° 25.658-14 de 11 de mayo de 2015) (...).

“Octavo: Que en este contexto, resulta patente la escasez e insuficiencia de los antecedentes proporcionados por el Ministerio Público en la audiencia en comento para justificar la existencia del elemento de fuerza o intimidación que el artículo 361 N° 1 del Código Penal demanda para configurar los delitos de violación objeto de la formalización y, por consiguiente, *la decisión que en contrario adopta el tribunal de garantía de Los Andes y que sirve de sostén a la imposición de la medida de prisión preventiva al imputado General Chavarría, resulta injustificadamente errónea como a continuación se demostrará*”.

“(…) Además, la ofendida, anticipando la ocurrencia de la última agresión, no adopta ninguna medida para evitar que se concretara, sino que planifica, prepara y lleva a cabo su registro audiovisual. A esto se suma que el Ministerio Público no presentó ningún peritaje o informe médico en la audiencia de 13 de julio que dé cuenta de alguna lesión ocasionada en la última agresión o en las previamente sufridas.

Así planteado, el relato de la víctima que da cuenta de tres actos sexuales a los que se habría sometido, dada la fuerza e intimidación que ejerció en su contra el denunciado General Chavarría, *resulta claramente desprovisto de racionalidad y mínima sensatez y, por ende, inverosímil si no va acompañado de algún elemento que pueda respaldar un relato que contraría la razón*”.

⁸⁶⁶ En este considerando se deja en evidencia lo que viniéramos criticando asiduamente en el capítulo II sobre el manifiesto defecto de fundamentación de las resoluciones judiciales en el ámbito cautelar.

“(…) Por otra parte, el supuesto agresor se encontraba transitoriamente en el domicilio de la ofendida, sólo con el objeto de realizar unos trabajos de construcción, por lo que no hay signo ni elemento alguno de sometimiento psicológico ya sea por un maltrato inveterado, dependencia económica, u otra situación análoga que permita comprender la falta de denuncia, o al menos de noticia a sus cercanos, de parte de la supuesta afectada. (...), por lo que no se logra divisar circunstancia alguna que pusiera al imputado en condiciones o posición de generar un temor o miedo en Galindo Silva de tal intensidad que impidiera o inhibiera a ésta de develar ante la autoridad o cercanos, o al menos evitar la repetición de los ilícitos de que supuestamente era víctima”.

Noveno: “Que frente a la precariedad de estos antecedentes -declaraciones de denunciante y ofendida-, adquirió relevancia para la resolución que impuso la medida de prisión preventiva el video grabado por la propia víctima de la tercera agresión y que, a su vez, daría credibilidad a la ocurrencia de los atentados previos, relevancia que el propio Ministerio Público subrayó en su alegato en dicha audiencia al indicar que resultaba “*elocuente*”.

(...) ese video no aporta indicio alguno para dicho efecto y que permita descartar una relación sexual consentida. (...) sin que se deje constancia de conducta alguna por parte de General Chavarría ajena a las propias o comunes en un acto sexual consentido entre adultos que permita presumir, siquiera sospechar, que Galindo Silva no acceda a participar de dicho acto libre y espontáneamente.

En razón de lo anterior, dado que el video mostraba un acto sexual común entre Galindo Silva y General Chavarría, no podía tampoco este antecedente avalar o hacer verosímil la comisión de los dos atentados anteriores, y de esa forma respecto de ninguno de ellos se contaba con elementos serios que avalaran las conclusiones del tribunal en orden a tener por “*acreditado*” -como lo indicó en su resolución- el delito materia de la formalización. *Esto se ve ratificado por el propio tenor de la resolución de la jueza de garantía, la que nada dice o precisa para justificar la concurrencia del elemento en comento -fuerza o intimidación-, ni siquiera enuncia qué antecedente en particular de los expuestos por el Fiscal es el que sustenta su convicción en ese punto, sino que simplemente expresa de manera vaga y genérica que se halla suficientemente acreditado el delito, silencio que precisamente se explica por la imposibilidad de construir tal determinación con los antecedentes que le fueron proporcionados y de ahí es que esa decisión resulta desprovista de elementos de convicción que habiliten su sustento racional, en definitiva, injustificadamente erróneo*”⁸⁶⁷.

⁸⁶⁷ SCS: Rol N° 1.579-2015. [08 de julio de 2015]. Las cursivas son nuestras.

Con el mérito de los argumentos expuestos precedentemente, la Corte Suprema declaró injustificadamente errónea la prisión preventiva y el arresto domiciliario nocturno.

El caso descrito viene a confirmar el vuelco jurisprudencial que tuvo la Corte anteriormente en algunos pronunciamientos en torno a la prisión preventiva⁸⁶⁸, en que si bien no acogió en la parte dispositiva de la sentencia las acciones tendientes a obtener la declaración previa para impetrar la acción indemnizatoria, si amplió el horizonte argumentativo hacia una interpretación del precepto constitucional que fuera más protector de los derechos fundamentales de la persona afectada. A mayor abundamiento, la concepción axiológica y garantista de la norma iusfundamental sostenida por el tribunal superior de justicia en el caso de marras, es congruente con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos con los cuales el Estado de Chile ha asumido decididamente un compromiso vinculante⁸⁶⁹.

Desde la disciplina jurídica que estudia la responsabilidad del Estado-Juez este fallo constituye un hito jurisprudencial por varias razones⁸⁷⁰. En primer lugar, porque constituye el primer caso en que se acoge la declaración previa de error judicial en el contexto de la reforma procesal penal. En efecto, los seis casos anteriores⁸⁷¹ se enmarcan todos en disputas jurídicas ventiladas en el antiguo procedimiento penal, incluyendo el sexto caso que si bien fue resuelto en el año 2015, está referido al sometimiento a proceso y posterior condena de una causa seguida ante el ex Tercer Juzgado del Crimen de Santiago. En segundo lugar, porque desde un punto de vista estrictamente procesal, es la primera vez que se acepta que la prisión preventiva, a pesar de tener un fundamento y naturaleza

⁸⁶⁸ El primero de ellos fue el SCS: Rol N° 4.921-2014. [09 de junio de 2014]. La *ratio decidendi* de la sentencia es la misma que el fallo recién aludido. La única razón para que la Corte no diera lugar a la petición fue que el solicitante no dio estricto cumplimiento a los requisitos formales de admisibilidad que dispone el Auto Acordado de la Corte Suprema, toda vez que no acompañó copias autorizadas del sobreseimiento definitivo, del certificado de ejecutoriedad, de las actas de la prisión preventiva con extracto de las alegaciones, entre otros documentos imprescindibles para resolver la acción en forma estimatoria. Algunos atisbos jurisprudenciales en el mismo sentido pueden remontarse a nivel de Corte de Apelaciones en el año 2005: “Sólo una vez que se declare que la prisión preventiva fue injustificadamente errónea o arbitraria, como lo señala el artículo 19 N°7, letra i) de la Constitución Política por parte de la Excm. Corte Suprema el afectado tendrá derecho a ejercitar la acción a que se refiere dicha disposición (...)”. FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *op. cit.* p. 94.

⁸⁶⁹ Artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”; Artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

⁸⁷⁰ Si bien este campo de investigación jurídica no se inscribe específicamente dentro del ámbito de estudio del derecho procesal, consideramos que su relevancia merece ser destacada.

⁸⁷¹ “Salinas Gómez” (1985); “Araya Molina” (1989); “Vega Rojas” (1990); “Márquez Fuentes” (1990); “Yáñez Pavez” (2011); “Hernández Muñoz” (2015). En todos estos casos hubo prisión y la mayoría están referidos a procesamientos injustificados como consecuencia de infracciones en la conducta mínima que debe cumplir el juez durante la tramitación del procedimiento penal. Una revisión exhaustiva de los cuatro primeros casos puede verse en CARMONA SANTANDER, C. 2004. *op. cit.* pp. 350-352.

jurídica distinta al auto de procesamiento (corolario de los principios sobre los cuales descansan los diferentes sistemas procesales en donde dichas resoluciones reciben aplicación), es susceptible de ser comprendida dentro del campo restringido de resoluciones judiciales que pueden ser calificadas como erróneas⁸⁷². Esto abre un nuevo flanco de polémica en la doctrina, por un lado, sobre la forma en que debe concebirse la acepción mencionada dentro del actual modelo procesal acusatorio (que precisamente eliminó dicha calidad jurídica), y por el otro, sobre si aquella es susceptible o no de considerarla equivalente a la prisión preventiva.

En este asunto podemos constatar cierta disparidad en las interpretaciones⁸⁷³. Desde un punto de vista que denominaremos *amplio*, la manera de fijar el sentido y alcance de dicho enunciado jurídico debe ser flexible, vale decir, basta con que la persona sometida a proceso -en palabras de Miguel Ángel Fernández González- “haya sido sujeta a decisiones o resoluciones agraviantes en el proceso penal, o sea, que a su respecto, cualesquiera sean las resoluciones que le hayan afectado, siempre que sean de gravedad, se haya desarrollado, total o parcialmente, un proceso penal”⁸⁷⁴, para que pueda ser aplicable la acepción. No sin razón la redacción del precepto constitucional quedó consagrada desde sus orígenes como “sometido a proceso” y no “auto de procesamiento”, precisamente porque un grupo importante de comisionados de la Comisión Ortúzar quiso hacer hincapié en aquellas conductas injustas que menoscabaran los derechos y la dignidad del procesado, de modo tal que se hiciera extensiva la causal de procedencia al proceso en su conjunto y no solo a una actuación individualizada (llegando incluso a discutirse si acaso la acusación o la simple calidad de detenido eran susceptibles de ser abarcadas por la disposición señalada⁸⁷⁵), sin perjuicio de que la exégesis restrictiva de la Corte Suprema la ha acotado

⁸⁷² En SCS: Rol N° 3.815-2006. [01 de julio de 2008], la Corte Suprema rechazó la acción por error judicial fundada en la dictación de una prisión preventiva que el actor estimó injustificadamente errónea o arbitraria: “SEGUNDO: Al efecto, ha de destacarse que el abogado compareciente requiere, en la representación que inviste, la declaración de error injustificado o la existencia de arbitrariedad, respecto de la decisión del Juzgado de Garantía de Chillán que dispuso en contra de su representada la medida cautelar de prisión preventiva. (...) Sobre este particular, cabe hacer presente que en el actual Código Procesal Penal, por el cual se rigió la situación en estudio, no existe la antigua resolución por medio de la cual se sometía a proceso a un inculpado, de manera que esta etapa queda excluida como base de sustentación de una acción indemnizatoria”.

⁸⁷³ Podemos identificar una tercera posición en torno a la norma constitucional en análisis, sustentada por José Ignacio Núñez, quien ve en el artículo 19 n° 7 letra i) de la Constitución Política una norma de carácter adjetivo, procedimental y competencial que solo establece los requisitos formales que deben observarse para defender una pretensión indemnizatoria en el ámbito penal: “Es más, tan procedimental es esta norma -y tan poco atributiva de derechos o posiciones subjetivas- que en rigor limita las posibilidades y casos para demandar al Estado por actos de tribunales con competencia penal”. NÚÑEZ, J. 2014. ¿Camino a una responsabilidad amplia del Estado por actos del Poder Judicial? [en línea]. Diario Constitucional. 28 de mayo, 2014. <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/camino-a-una-responsabilidad-amplia-del-estado-por-actos-del-poder-judicial/>> [consulta: 03 junio 2017].

⁸⁷⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2006. *op. cit.* p. 250.

⁸⁷⁵ *Ibid.* pp. 253-261. Esto evidencia que el punto dista de ser pacífico incluso en la historia fidedigna de la disposición. Por ejemplo, el comisionado Evans comparte con el comisionado Guzmán la idea que “la resolución de la Corte Suprema no debe referirse sólo al auto encargatorio de reo sino que se deben abrir las puertas para que pueda declarar injustificadamente errónea cualquier resolución que durante el proceso criminal se haya producido en los términos que señala el precepto y cause la privación injustificada de la libertad del afectado”. *Ibid.* p. 254. En cambio, el comisionado Ortúzar es más bien de la idea que se acote a la resolución que encarga reo porque es la que, en este estadio procesal, priva de hecho la libertad del sujeto. *Ibid.* p. 253.

tradicionalmente a la resolución judicial de auto de procesamiento, en atención al papel fundamental que ostentaba dicho acto jurídico procesal en el sistema inquisitivo^{876 877}.

Lo que intenta hacer este sector de la doctrina es analogar y hacer funcionalmente equivalente la locución señalada con alguna actuación judicial dentro del Código Procesal Penal que más se le asemeje, tanto en su naturaleza jurídica como en sus efectos⁸⁷⁸. Siguiendo esta lógica de razonamiento, es indudable que la prisión preventiva -al margen de los distintos principios y características que la informan- produce (reproduciendo el considerando cuarto de la sentencia transcrita), *mutatis mutandis*, los mismos extremos materiales del antiguo procesamiento, y por lo tanto, genera las mismas consecuencias gravosas para los bienes jurídicos -libertad personal- de la persona afectada⁸⁷⁹.

Una interpretación iusfundamental distinta, no solo debilitaría la jerarquía constitucional del derecho subjetivo público con el cual se conecta la norma precitada, sino que en los hechos, lo haría desaparecer y convertiría al precepto en una mera norma programática, restaría valor al principio de supremacía constitucional, privaría de fuerza normativa y eficacia directa a la Constitución y a los tratados internacionales vigentes, se apartaría del espíritu que inspira a la disposición y sería contraria a los principios hermenéuticos de la interpretación constitucional⁸⁸⁰. A la misma conclusión arriba Patricio Fernández Dávila, para quien al margen de las etiquetas -según el mismo nombra- que se les atribuya al acto jurídico procesal, en lo sustantivo, en ambas clases de resoluciones (tanto la que somete a proceso al *inculpado* como la que impone la prisión preventiva en contra del *imputado*) deben verificarse las mismas exigencias normativas para hacer efectiva el contenido de la causal en estudio⁸⁸¹.

No ocurre lo mismo con otras resoluciones judiciales que han tratado de asimilarse al auto de procesamiento pero han fracasado, toda vez que su naturaleza jurídica difiere sustancialmente de la

⁸⁷⁶ *Ibíd.* pp. 261-262.

⁸⁷⁷ Cabe recordar que con motivo de la tramitación de la reforma constitucional del año 2005 que concluyó en la Ley N° 20.050, el Presidente de la República propuso reemplazar la expresión “sometido a proceso” por “acusado”, con la idea de establecer una relación de adecuación respecto del nuevo sistema imperante. El veto finalmente fue rechazado por el Congreso Nacional. *Ibíd.* pp. 263-264.

⁸⁷⁸ Miguel Ángel Fernández al principio llevó al extremo este argumento al considerar que si la actuación que lesiona los derechos fundamentales del imputado y que se declara injustificadamente errónea o arbitraria, proviene del Ministerio Público, igualmente podría accederse en contra de él por la vía del artículo 19 n° 7 letra i) de la Constitución. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2001. Indemnización por error judicial en la perspectiva del nuevo procedimiento penal. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.* (N° 8): p. 306.

⁸⁷⁹ En ambos tipos de resoluciones judiciales se afecta el mismo bien jurídico. FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *op. cit.* p. 93.

⁸⁸⁰ Los argumentos que sustenta la Corte Suprema en su fallo son los mismos que consigna Miguel Ángel Fernández en su obra. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2006. *op. cit.* pp. 246-247.

⁸⁸¹ FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *op. cit.* p. 94.

anterior, razón por la cual es imposible que se produzcan los mismos efectos jurídicos. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el auto de apertura del juicio oral o el arribo a una salida alternativa, las que si bien producen sus efectos una vez que el juzgado de garantía emite la respectiva resolución judicial y, por tanto, eventualmente, podrían ser calificadas como injustificadamente erróneas o arbitrarias (v.gr. al rechazar caprichosamente una suspensión condicional del procedimiento cuando si concurren los requisitos copulativos del artículo 237 del Código Procesal Penal), cumplen finalidades diversas al interior del proceso, razón por la cual, raramente podrían irrogar un perjuicio injusto en contra del afectado que mereciere ser indemnizado⁸⁸². A la misma conclusión llegamos con decisiones de tipo administrativo o actuaciones privativas que lleva a cabo el ente persecutor (v. gr. formalización de la investigación, acusación fiscal o requerimiento en el procedimiento simplificado⁸⁸³) que no poseen la propiedad singular de una resolución judicial ni se le asemejan a la función que cumplía el auto de procesamiento en relación con el inculpado, máxime si por definición constitucional y legal le está vedado al Ministerio Público ejercer una potestad jurisdiccional.

Esto ha sido puntualizado en la siguiente parte considerativa de una sentencia en la cual se rechazó la solicitud de declaración previa de error judicial:

“12°.- (...) Como bien sabemos, la formalización es una actuación efectuada por el Ministerio Público, indispensable para solicitar y obtener la medida cautelar antes señalada, pero no equivale al antiguo auto de procesamiento, pues emana de un ente administrativo y tiene una finalidad esencialmente garantista, cual es poner en conocimiento del imputado los hechos que se le atribuyen y la calificación jurídica que de ellos hace el Fiscal, tal acto se realiza ante el Juez de Garantía y en presencia del abogado defensor”⁸⁸⁴.

Desde un punto de vista que denominaremos *restringido*, la posición jurídica en torno al debate es mucho más drástica y se resume en el siguiente argumento: la resolución de auto de procesamiento se eliminó del sistema procesal vigente, ergo, ese elemento de la causal ya no es aplicable. Como se advierte, es una interpretación que reduce y simplifica el alcance de la causal al tenor literal de la disposición constitucional. Ahora bien, según afirma el profesor Carlos Carmona, que quede excluida dicha hipótesis constitucional como base de la sustentación de una acción indemnizatoria, “no significa

⁸⁸² *Ibid.* p. 92. Una posición distinta sostiene Miguel Ángel Fernández, al considerar que el auto apertura del juicio oral e incluso el rechazo de las excepciones de previo y especial pronunciamiento que se interponen en la audiencia de preparación de juicio oral o en el juicio oral, según sea el caso, pueden ser susceptibles de ingresar en la causal en estudio. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2006. *op. cit.* p. 264.

⁸⁸³ FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *op. cit.* p. 91.

⁸⁸⁴ SCS: Rol N° 5.270-2008. [21 de enero de 2009].

indefensión, pues ese acto puede quedar cubierto por la responsabilidad del Ministerio Público⁸⁸⁵. Al mismo tiempo, esto no obsta a la responsabilidad que pudiese afectar personalmente al fiscal o funcionario que produjo el daño, inclusive el derecho del Estado a repetir en contra de éste cuando haya mediado culpa grave o dolo, según lo dispone el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640 que regula al Ministerio Público, además del principio de responsabilidad administrativa que rige la actuación de este órgano público según lo establece el artículo 11 del estatuto legal respectivo.

La responsabilidad patrimonial del Estado por las conductas del Ministerio Público es un modelo de atribución de responsabilidad consagrado a nivel legal que sanciona las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias que cometen, por acción u omisión, los funcionarios de dicho órgano público en el ejercicio de sus funciones, ocasionando con ello un daño susceptible de ser indemnizado en favor de la persona afectada. El factor de imputación normativa es el mismo que el de la responsabilidad del Estado-Juez. En efecto, en ambos casos se atribuye responsabilidad al Estado por conductas *injustificadamente erróneas o arbitrarias*, con la diferencia de que en el primer caso se la constriñe solo a comportamientos activos del órgano judicial reflejados en la dictación de un procesamiento o condena en cualquier instancia, que posteriormente deviene en una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo. En el segundo caso, en cambio, la voz “conducta” es más amplia, vale decir, engloba tanto acciones como omisiones de distinta índole⁸⁸⁶, lo que es consistente con el importante conjunto de atribuciones que nuestra Carta Fundamental le confiere al ente persecutor en su artículo 83⁸⁸⁷.

La diferencia es extremadamente relevante, toda vez que al establecer una causal más amplia de procedencia cuya verificación debe ser determinada por el juez respectivo que conozca del procedimiento -y no mediante una “resolución pase” o calificación previa que debe hacer la Corte Suprema-, podría intuirse un desplazamiento progresivo de la interposición de las demandas desde la posición desmejorada de la responsabilidad del Estado-Juez hacia la posición estratégica que otorga la

⁸⁸⁵ CARMONA SANTANDER, C. 2004. *op. cit.* p. 329.

⁸⁸⁶ *Ibid.* p. 323. Otras diferencias relevantes son las siguientes: (i) En REJ la Corte Suprema debe necesariamente declarar que la resolución es injustificadamente errónea o arbitraria; en RMP no es necesario pedir previamente este tipo de declaración a la Corte Suprema para demandar al Estado; (ii) en REJ el sujeto que ocasiona el error es un juez con competencia criminal; en RMP el sujeto que ocasiona el error pueden ser Fiscales (Nacional, regional o adjuntos), abogados asistentes de fiscal, profesionales y personal de apoyo; (iii) en REJ los tipos de daños susceptibles de indemnización son los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales; en RMP se discute si pueden abarcarse también los perjuicios extrapatrimoniales; (iv) en REJ no está previsto el derecho a repetir en contra del funcionario que cometió el error; en RMP el Estado tiene derecho a repetir si se acreditó que el funcionario actuó con culpa grave o dolo; (v) en REJ la acción indemnizatoria se tramita en un procedimiento breve y sumario; en RMP la acción indemnizatoria se tramita conforme al procedimiento común; (vi) en REJ el plazo de prescripción es de 6 meses contados desde el sobreseimiento definitivo o la absolución; en RMP el plazo de prescripción es de 4 años contados desde la fecha de la actuación dañina.

⁸⁸⁷ Es decir, (i) dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito; (ii) ejercer la acción penal pública; (iii) protección de las víctimas y los testigos.

responsabilidad del Estado-Ministerio Público⁸⁸⁸. Ahora bien, esto no deja de ser una mera percepción que aún no ha sido capaz de ser corroborada por la evidencia judicial existente⁸⁸⁹.

Una tercera razón de importancia por la cual merece ser analizado minuciosamente el fallo es porque fija un nuevo criterio de interpretación sobre lo que la Corte Suprema califica como injustificadamente erróneo o arbitrario. En los primeros cuatro casos acogidos por nuestro máximo tribunal de justicia el título de imputación jurídica se vinculaba a la circunstancia en que el juez penal, casi con desidia, no había examinado detenidamente y acuciosamente los antecedentes tenidos a la vista para tomar una determinada decisión judicial, situación que condujo a los órganos jurisdiccionales a incurrir en un error craso originado por la infracción a los deberes esenciales a los que está sujeto el juez en el marco de un procedimiento penal (estándar de culpa grave⁸⁹⁰). En algunos casos inclusive, aún con un estudio ligero y superficial de los antecedentes o mediante la ejecución de los deberes mínimos cuya observancia le es exigible a los jueces (v. gr., cotejar la identidad específica de la persona que se tiene al frente, como hicieron presente los ministros de la Corte Suprema en el quinto caso acogido⁸⁹¹), hubiese sido posible hacer salir a los diferentes jueces de la situación inexcusable de error de la que fueron partícipes en cada una de las tramitaciones judiciales.

En este sentido, la sentencia Rol SCS N° 1.579-2015 viene a consolidar una concepción jurisprudencial sobre otro modo de incurrir injustificadamente en un desacierto judicial. En efecto, constantemente se detectan algunos vicios en la emisión de ciertas decisiones judiciales las cuales están “desprovistas de elementos de convicción que habiliten su sustento racional o que fueron expedidos por voluntad meramente potestativa, caprichosa o insensata”⁸⁹². De este modo, paulatinamente se va

⁸⁸⁸ CARMONA SANTANDER, C. 2004. *op. cit.* pp. 323-324.

⁸⁸⁹ Al año 2013, solo existen 3 casos en que se han acogido demandas por responsabilidad extracontractual en contra del Ministerio Público. DÍAZ LEIVA, N. y MUÑOZ OLIVARES, P. 2015. La responsabilidad del Estado-Juez: Buenas razones para proponer una acepción amplia de error judicial en Chile. *Revista de Derecho Público*. Vol. 83 (2° Semestre 2015): p. 46.

⁸⁹⁰ CARMONA SANTANDER, C. 2004. *op. cit.* pp. 350-351.

⁸⁹¹ “SÉPTIMO: Que como se advierte de la relación que se ha hecho de los antecedentes de la causa, el Juez que recibió a las detenidas les tomó declaración indagatoria y decidió someterlas a proceso, actuación en la que no cumplió, al menos en lo que respecta a la encausada Yáñez Pavez, con las mínimas precauciones tendientes a comprobar la identidad de la persona que tenía frente a él, a pesar que adoptó a su respecto una resolución trascendente, que la hizo parte en un proceso penal. Fue puesta en libertad, sin haberse cumplido gestión alguna tendiente a la averiguación de su identidad, confiándose a su sola declaración en tal sentido, desde que, como ya se dijo, no exhibió ningún documento de identidad expedido por la autoridad habilitada para ello. El juez sólo se quedó con la sola declaración de la delincuente acerca de su identificación, sino que además, junto con someterla a proceso, la liberó, sin que conste en el proceso que la haya apercibido de concurrir a firmar el libro de excarcelados con la periodicidad dispuesta por él y sin que tampoco se le haya dado la orden de concurrir a prontuarse. Por cierto, además no se tomó siquiera la precaución de registrar sus huellas dactilares antes de liberarla”. SCS: Rol N° 5.411-2010. [11 de agosto de 2011].

⁸⁹² Considerando séptimo que viene a reiterar los precedentes de la SCS: Rol N° 3.450-2008. [03 de septiembre de 2009] y SCS: Rol N° 26.658-2015. [11 de mayo de 2015], señalados también en la misma sentencia. Por ejemplo, el último fallo en su considerando octavo dispone: “(...) es posible inferir que tanto el auto de procesamiento (...) como la sentencia condenatoria de primera instancia, (...), que declararon equivocadamente que la solicitud formulada, propia del ejercicio profesional del abogado, configura un engaño ínsito en el tipo penal del artículo 470, N° 8°, del Código sancionatorio, sin otros elementos de

ampliando la interpretación históricamente estricta y formalista que ha sostenido la Corte Suprema en este tipo de acciones^{893 894}.

En cuarto lugar, la sentencia descrita da pie para abrir un abanico de posibilidades sobre diferentes categorías de medidas cautelares personales que tengan la idoneidad suficiente para provocar una injusticia que ocasione un perjuicio en contra de la persona inocente y que merezca ser reparado pecuniariamente. En efecto, la sentencia declaró injustificadamente errónea no solo la prisión preventiva, sino también el *arresto domiciliario nocturno* en contra de Leonardo General Chavarría.

En principio, esto no debería asombrarnos si tenemos en cuenta que según el inciso final del artículo 155 del Código Procesal Penal, las otras medidas cautelares personales de menor intensidad se someten a los mismos requisitos legales que imponen las disposiciones aplicables a la prisión preventiva. Ahora bien, en este punto hay que hacer una prevención, y es que más allá de que los requisitos copulativos que deben verificarse en uno y otro tipo de medidas cautelares son los mismos, no puede ignorarse que el grado de injerencia en la esfera de la libertad personal del imputado que puede generar, por ejemplo, la firma mensual, no es idéntico al que produce la prisión preventiva, por lo que resulta de toda lógica que tampoco sean equivalentes la naturaleza, especie y monto a los que asciende el daño indemnizable⁸⁹⁵. Al final del día, es una cuestión jurídica que finalmente será dirimida por los jueces del fondo que conozcan de la acción indemnizatoria en juicio sumario.

En cualquier caso, no debiera extrañarnos que, por ejemplo, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o la autoridad que correspondiere, pueda ser susceptible de ser declarada en algún caso hipotético como injustificadamente errónea o arbitraria (si es que se cumplen los requisitos), a pesar de no constituir una grave amenaza para la libertad personal del imputado. En

convicción que acrediten racionalmente las maniobras mentirosas, dado que el contexto fáctico latamente descrito impedía, desde los inicios del procedimiento penal, tener por justificada la existencia del delito en los términos exigidos por el artículo 274, N° 1, del Código de Procedimiento Penal, y obstaculizaba adquirir la certeza que realmente se cometió un hecho punible, (...)”.

⁸⁹³ Error injustificado como inexplicable; como carente de motivación, como incumplimiento de deber; como falta de análisis acucioso y detenido de los antecedentes; como aquel que no convence y es contrario a la lógica; son algunos de los sentidos atribuidos por la jurisprudencia nacional a la expresión. CARMONA SANTANDER, C. 2004. *op. cit.* pp. 334-340.

⁸⁹⁴ Algunas propuestas teóricas novedosas desde la disciplina que estudia la Responsabilidad del Estado-Juez han emergido recientemente para revisar y discutir el criterio de atribución de responsabilidad que debe configurarse en este tipo de acción indemnizatoria. Así, dependiendo si el error es consecuencia directa y necesaria del ejercicio de la función judicial o si es efecto del mal funcionamiento de la administración de justicia (en ambos casos, se incorpora indiscutiblemente la hipótesis de prisiones preventivas injustamente decretadas), el baremo normativo que debe ser superado varía. En el primero, el criterio de atribución sugerido es el de “falta de servicio”. En el segundo, se sugiere el criterio del “sacrificio especial”. DÍAZ LEIVA, N. y MUÑOZ OLIVARES, P. 2015. *op. cit.* p. 56.

⁸⁹⁵ CARMONA SANTANDER, C. 2004. *op. cit.* p. 329; FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *op. cit.* pp. 94-95. El último invita a repensar inclusive el grado de exigencia que debe satisfacerse al momento de evaluar el error judicial en distintos tipos de resoluciones judiciales. Es decir, a mayor grado de afectación en la inferencia personal, mayor es el grado de exigencia o criterios de suficiencia que debe superar la resolución judicial para ser considerada injustificadamente errónea o arbitraria.

efecto, esto sería consecuente con el espíritu y la historia fidedigna del establecimiento de la disposición legal, la que pretende proteger el derecho de la víctima que injustamente ha sufrido las consecuencias de un procedimiento injusto, sea que el sujeto haya estado privado de libertad, según dice el comisionado Evans de la Cuadra, “cero días, diez días, cien días o mil días”⁸⁹⁶. El tiempo de privación de libertad solo debe ser un criterio a tener en cuenta al momento de evaluar el daño indemnizable, pero en caso alguno la realización plena del derecho a la indemnización puede quedar condicionada a la efectiva privación de libertad.

En quinto y último lugar, la relevancia del fallo radica en que una vez más se deja constancia fehaciente de que la frecuencia con la que se cometen algunas deformaciones judiciales en el sistema de justicia penal es mayor a la que creemos, y que además, éstas pueden verificarse en cualquier estado del procedimiento⁸⁹⁷ y en múltiples categorías de resoluciones judiciales⁸⁹⁸. En efecto, es un hecho indiscutido que el Estado a través del Poder Judicial en ejercicio de una potestad específica (la jurisdiccional) puede causar daños -a veces con un impacto irremediable- derivados del desarrollo de una actividad antijurídica que las víctimas no están jurídicamente obligadas a soportar.

Si nos queremos tomar en serio el objetivo de obtener respuestas procesales con información de calidad, hay que asumir que eliminar todas las fuentes posibles de error es prácticamente imposible. Es por ello que nuestra labor consistirá en indagar algunos mecanismos que se encaminen a reducir o distribuir la frecuencia con la que se producen dichos errores en la concesión o denegación de una resolución judicial específica: la prisión preventiva.

3.1.2. Definición y tipología clásica del error judicial

A. Una prevención

La naturaleza humana es presa de una limitación intrínseca que afecta al modo en que nos comportamos y ejecutamos actividades en diversos aspectos de la vida, uno de los cuales se relaciona con el interés primario e intrincado de conocer los fenómenos que ocurren en el mundo dentro de un contexto acotado de piezas de información, con una calidad epistémica no siempre aceptable, lo que

⁸⁹⁶ CARMONA SANTANDER, C. 2004. *op. cit.* p. 317; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2006. *op. cit.* pp. 253-254.

⁸⁹⁷ Lo que ya fue afirmado en el capítulo I desde la epistemología jurídica de Laudan y que reafirma el profesor Jonatan Valenzuela en: VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 2; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 6.

⁸⁹⁸ SOTO KLOSS, E. 1993. Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. V.10 (N°1): p. 51.

hace que estemos expuestos persistentemente al riesgo de cometer equivocaciones⁸⁹⁹. En efecto, la vocación pretendidamente epistemológica del saber humano en cualquier sector de la experiencia se entraba cuando apreciamos que los métodos de producción del conocimiento y el acceso pleno a éste se encuentran institucionalmente restringidos, motivo por el cual incurrimos inevitablemente en errores.

La descripción de esta dificultad acontece también cuando se trata de averiguar una porción de la realidad que ingresa a un determinado procedimiento judicial, lo que desemboca en que ningún sistema de justicia, en general, y de enjuiciamiento criminal, en particular, sea infalible. Con ello, se pone de manifiesto cómo la toma de decisiones judiciales constantemente está riñendo con la posibilidad de sucumbir ante los desaciertos jurídicos⁹⁰⁰. De esto se colige que el conocimiento del ser humano es limitado y que la supeditación a este constreñimiento se encuentra también presente en la persona de los jueces⁹⁰¹.

El problema de la falibilidad judicial ha sido registrado también por la uniforme jurisprudencia de nuestro máximo tribunal de justicia:

“PRIMERO: (...) En consecuencia, para una adecuada decisión sobre la solicitud hecha a este Tribunal por doña María Soledad Yáñez Pavez, es necesario precisar el sentido de las expresiones empleadas por el artículo 19 N° 7, letra i) de la Constitución Política para describir los casos en que procede la indemnización.

Ello ocurre, en primer lugar, cuando la resolución que ordenó procesar o que condenó fue injustificadamente errónea. No basta, pues, con que dicho fallo haya sido erróneo, es decir, equivocado, desacertado o continente de un juicio falso, sino que es menester que tal error sea injustificado. *Esto es lógico, pues la actividad de juzgar, como cualquier otra realizada por el ser humano, está expuesta a incurrir en equivocaciones o desaciertos, los cuales son explicables precisamente a causa de las limitaciones inherentes a la naturaleza del hombre, de cuyas virtudes y defectos participan, como es obvio, también los jueces. (...)*⁹⁰².

⁸⁹⁹ “Los errores ocasionales son inevitables y, por tanto, tolerables, en cualquier modalidad de investigación humana”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 25.

⁹⁰⁰ Stein afirma la premisa de la falibilidad desde un atractivo planteamiento que invierte el problema: “Hay, de todos modos, una buena razón para ser escéptico acerca de los derechos procesales independientes. Asumamos, contrafácticamente, que no existe un problema de falibilidad epistémica y que vivimos en un mundo de jueces infalibles”. STEIN, A. 2013. *op. cit.* p. 247. La falibilidad judicial es reconocida también por Ferrer. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 41.

⁹⁰¹ COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 26; COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 209; COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. *op. cit.* p. 337; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* pp. 86-87.

⁹⁰² SCS: Rol N° 5.411-2010. [11 de agosto de 2011]. El mismo considerando se repite en la sentencia SCS: Rol N° 3.815-2016. [01 de julio de 2008]. Las cursivas son nuestras.

En lo que sigue, expondremos algunas nociones en torno al significado y modalidades en que se puede manifestar el error judicial. Antes de ello, debemos precisar el derrotero que seguirá esta sección. Como anunciamos al inicio de este tercer capítulo, el error que nos interesa abordar es el error de carácter judicial (no imputable únicamente a la negligencia de las partes) en el ámbito penal, esto es, aquel que proviene de un sujeto activo único, el juez penal (siendo indiferente el nivel jerárquico del órgano, pudiendo ser un tribunal superior o inferior de justicia), en -o a partir de- la dictación de una determinada resolución judicial. En general, las resoluciones judiciales, atendida su clase, pueden clasificarse en definitivas o provisorias. Las primeras se obtienen al final del procedimiento (etapa del juicio oral), ya que se materializan en el acto culmine del proceso que es representado por la sentencia de término, pudiendo ser ésta condenatoria o absolutoria. Las segundas, en cambio, miran al curso del procedimiento y por lo mismo, su sustanciación termina influyendo directa o indirectamente en la dictación de la sentencia definitiva. La equivocación en el pronunciamiento de la resolución de primera clase se denomina error *in iudicando*; la equivocación en el pronunciamiento de la resolución de segunda clase se denomina error *in procedendo*⁹⁰³.

Hecha esta diferenciación, es preciso recalcar que el núcleo duro de nuestro análisis está referido únicamente a las resoluciones de segundo orden, específicamente, al tipo de acto jurídico procesal que equivocadamente acoge o rechaza la medida cautelar personal de prisión preventiva⁹⁰⁴. En este sentido, desestimaremos como objeto de estudio todo aquel tipo de error que no se encuadre con el marco teórico que previamente hemos delimitado⁹⁰⁵.

B. Concepto

De cuanto se ha expuesto, a pesar de que en la abundante literatura no encontramos una concepción unívoca de error judicial⁹⁰⁶, éste puede ser definido como “una equivocación o

⁹⁰³ FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *op. cit.* p. 129; LÓPEZ MUÑOZ, R. 1996. Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia. Granada, España. Editorial Comares., p. 100.

⁹⁰⁴ Para errores judiciales en medidas cautelares no penales, de antiguo, véase SOTO KLOSS, E. 1993. *op. cit.* pp. 47-48.

⁹⁰⁵ Recordemos que el abanico de modalidades en que pueda crearse una situación de error que produce el sistema de justicia es mucho más amplio que el del error judicial, pudiendo incluso producirse fallos en el sistema sin que se haya llegado a dictar una sentencia, o para nuestro caso, sin que se haya siquiera decretado una prisión preventiva. Conviene tener presente que la resolución de los casos puede realizarse por vías distintas a las del juicio oral (salidas alternativas, procedimiento especiales como el abreviado, simplificado, monitorio o por delito de acción privada, ejercicio del principio de oportunidad, entre otros) multiplicándose en forma indeterminada el número de hipótesis donde es posible cotejar un error del sistema. En la misma línea de pensamiento, DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* p. 162.

⁹⁰⁶ FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *op. cit.* p. 128; MALEM SEÑA, J. 2009. El error judicial. En: MALEM SEÑA, J.; EZQUIAGA, F. y ANDRÉS IBAÑEZ, P. El error judicial. La formación de los jueces. Madrid, España. Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo., p. 12.

apartamiento de la realidad con trascendencia jurídica”⁹⁰⁷. En la versión de Daniel Mendonca, afirmar que una resolución judicial es errada encierra una calificación jurídica negativa, toda vez que significa que ésta no cumple con determinados criterios de evaluación que se tienen por correctos⁹⁰⁸. A contrario sensu, una resolución se considera no-errada cuando en cuyas propiedades existe una “ausencia de anomalías”⁹⁰⁹ en torno al establecimiento de estos mismos criterios. Ambas aproximaciones al concepto resultan interesantes porque, por un lado, se afirma que un desacierto que es reconocible en una resolución tiene un nexo insoluble con la búsqueda de la verdad (de otro modo no tendría sentido “distanciarse” de la realidad, como lo enuncia la definición señalada), y por otra parte, porque pone en evidencia que una resolución judicial, aún intermedia, asume un compromiso decidido con la corrección del juicio emitido⁹¹⁰.

Otra acepción interesante de volver a recordar sobre el significado del error es lo que ya expusimos en el primer capítulo de esta memoria a propósito de la concepción *laudiana*. Para el epistemólogo estamos en presencia de un error “cuando una persona inocente es tratada como culpable o cuando una persona culpable no es hallada como tal por el sistema”⁹¹¹. Al primero lo titula “falso hallazgo inculpatario”, al segundo, en cambio, lo titula “falso hallazgo exculpatario”⁹¹². Como se puede apreciar, en su esquema conceptual lo erróneo se asimila a lo falso⁹¹³.

A su vez, el Tribunal Supremo español ha significado el error judicial como “una apreciación defectuosa o inexacta de unos hechos (...) o una torpe e injustificada invocación o interpretación de

⁹⁰⁷ TOLIVAR ALAS, L. 2009. La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez. En: QUINTANA LÓPEZ, T. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Tomo I. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch., p. 522. Por su parte, Riánsares López Muñoz, invocando al autor Goded Miranda, apunta hacia el significado del concepto en un sentido similar: “el error judicial tiene lugar cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos se dicta una resolución judicial que no se ajusta a la verdad y a la realidad de tales hechos y que, por tanto, merece el calificativo de injusta”. LÓPEZ MUÑOZ, R. 1996. *op. cit.* p. 97. A su turno, Miguel Ángel Fernández, citando a Federico Puig Peña, define al error judicial como aquel “falso concepto que tiene el juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2001. *op. cit.* p. 278.

⁹⁰⁸ MENDONCA, D. 1998. Errores judiciales. Cuadernos de Derecho Público. (Nº 4): p. 201.

⁹⁰⁹ *Ibid.* p. 202.

⁹¹⁰ En las primeras páginas de este capítulo nos hemos enfocado en el error judicial indemnizable, pero huelga decir que, técnicamente, el concepto de error judicial excede al elemento del perjuicio y no necesariamente está ligado a su resarcimiento. Pueden existir errores en ciertas resoluciones judiciales que no infieran perjuicio, como detrimentos que no necesariamente encuentren su causa en una dictación equivocada de una resolución judicial. Para ser estrictos, el daño o lesión es más bien una *conditio sine qua non* para una hipótesis específica de estudio, que es la responsabilidad del Estado-Juez. Con todo, el tipo de deformación judicial que nos interesa a abordar es aquel error judicial que no es inocuo, sino que produce consecuencias jurídicas negativas en el sistema en su conjunto y en la esfera privada de la víctima. MALEM SEÑA, J. 2009. *op. cit.* p. 13.

⁹¹¹ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 34.

⁹¹² *Ibid.* p. 34. En una línea similar Rodrigo Coloma: “Es importante hacer la aclaración de que se trataría de errores epistémicos, esto es, de equivocaciones que llevan a atribuir al acusado o demandado ciertas conductas que en realidad no ocurrieron; o bien, conductas que sí se produjeron en la realidad y fueron consideradas como inexistentes en las sentencias”. COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 211.

⁹¹³ LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 97.

una regla legal (...), siempre fuera del área de las opciones o decisiones asumibles racionalmente susceptibles de adoptarse”⁹¹⁴. El considerando reproducido es pertinente puesto que de su contenido emana una de las clasificaciones más usuales en las cuales puede presentarse el yerro judicial, sin ignorar que cierta parte de la doctrina difiere en torno a la rigidez de esta distinción⁹¹⁵. Nos referimos al error susceptible de ser causado en las *consideraciones de hecho* o en las *consideraciones de derecho* de una determinada resolución judicial, sea ésta una sentencia o una medida cautelar de prisión preventiva⁹¹⁶, las que pasaremos a analizar a continuación:

(i) El órgano aplicador de derecho puede incurrir en desaciertos muy graves al dar (o no) por acreditadas las premisas fácticas que se discuten como objeto de la litis. Valiéndonos de una distinción conceptual básica elaborada por Marina Gascón, los posibles errores que pueden gestarse en una decisión probatoria que afecta a la *quaestio factis* son los siguientes:

“*Error 1*: aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso.

“*Error 2*: no aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es verdadero”⁹¹⁷.

Una línea similar de pensamiento está presente en Ferrer, para quien una decisión errónea que recaiga en los hechos se produce cuando existe una “falta de concordancia entre los hechos que así se declaran [probados] y los hechos realmente acaecidos”⁹¹⁸. Como veremos más adelante, detrás de este modo de falibilidad judicial subyace una manera de atentar contra la verdad en la declaración de los hechos probados.

⁹¹⁴ MENDONCA, D. 1998. *op. cit.* p. 202. En otra sentencia similar, el Tribunal Supremo español ha señalado que el error judicial es “una equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley o del Derecho, por basarse en normas derogadas, inexistentes o entendidas fuera de toda razón o sentido y ha de dimanar en una resolución injusta o equivocada, viciada de un error indisculpable, patente, indubitado e incontestable”. TOLIVAR ALAS, L. 2009. *op. cit.* p. 525.

⁹¹⁵ Así, por ejemplo, en España encontramos divergencias respecto de aceptar o rechazar la clasificación. LÓPEZ MUÑOZ, R. 1996. *op. cit.* p. 99. Otros, en cambio, independiente de las causas a las que obedece la generación del error, opinan que éste siempre concluye en el modo de subsumir la premisa jurídica al supuesto de hecho, por lo que siempre será de derecho. FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *op. cit.* p. 131.

⁹¹⁶ Toda sentencia definitiva se compone de una parte expositiva, considerativa y dispositiva. En este apartado nos referimos al razonamiento desplegado en las premisas fácticas y normativas de la parte considerativa de la sentencia. Sobre el significado de cada una de ellas no nos explayaremos puesto que ya fueron abordadas en el capítulo II.

⁹¹⁷ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 130. Esto es lo que se conoce como “falso positivo” y “falso negativo”, cuestión a la que ya aludimos sintéticamente en el capítulo I y que volveremos a examinar en este tercer capítulo.

⁹¹⁸ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 36. Una segunda forma de errar en -la concepción de Ferrer- la declaración de los hechos probados se genera por “no haber respetado las reglas procesales que eventualmente regulen su adopción o su contenido”. *Ibid.* p. 36. Sería interesante estudiar en otro momento si esta manera de infringir reglas procesales es equivalente a una infracción de normas jurídicas, o si se trata más bien de una transgresión referida la premisa fáctica, considerando que una aplicación equivocada del derecho finalmente termina influyendo sobre la decisión sobre el hecho. Por ejemplo, la opinión de Ángela Ester Ledesma sobre la materia a propósito del recurso de casación en materia penal es que, al final del día, todo es una cuestión de derecho: “(...) sea porque la ley haya sido violada directamente (error de interpretación del texto legal o de subsunción del hecho en la norma o indirectamente (la errónea determinación del hecho impide su correcta subsunción legal”. LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 299.

Mendonca construye una categoría de quince causales de error judicial susceptibles de producirse en distintos ámbitos de la estructura de una sentencia, dentro de los cuales podemos identificar siete elementos que tienen un nexo con el razonamiento judicial circunstanciado que se construye entre la premisa fáctica y la premisa normativa de la decisión (ambas incorporadas en su parte motivadora), cinco de las cuales se enlazan únicamente con las premisas fácticas, las que pasamos a transcribir: “(...) si considera probadas en el proceso proposiciones que no lo están [6] o, a la inversa, si no tiene por probadas proposiciones que sí lo están [7]. Asimismo, puede reputarse errada una resolución, en ciertos ámbitos, si considera probadas proposiciones falsas [8] o, a la inversa, si no tiene por probadas proposiciones verdaderas [9]. Puede reputarse igualmente errada una resolución si omite considerar proposiciones probadas, decisivas para el caso [10]”. Entre nosotros, el profesor Raúl Tavolari identifica también otros tipos de errores asociados a la actividad probatoria que ejerce el juez dentro de la doble fase que engloba la apreciación de la prueba, esto es, la interpretación y la valoración de la prueba, que son similares a los ya enunciados⁹¹⁹.

Resulta crucial identificar las múltiples formas en que puede provocarse una inexactitud en la declaración de los hechos y lograr evitar o mitigar su acaecimiento, toda vez que su concretización ataca directamente a la averiguación de la verdad como fin ulterior del proceso y afecta profusamente a la noción de prueba como mecanismo destinado a verificar o refutar las hipótesis fácticas en la reconstrucción de los hechos⁹²⁰. En efecto, sobre los jueces pesa la obligación de producir decisiones que sean compatibles con la finalidad pretendidamente epistémica que tiene el proceso. Al mismo tiempo, establecer erróneamente el grado de apoyo de una determinada proposición fáctica (ya sea con el error del formato 1 o 2 expuesto por Marina Gascón) no solo aleja peligrosamente la decisión de la obtención de la verdad que procura aquilatar el proceso, sino que también aqueja los derechos de aquella parte que se ve afectada negativamente con esta equivocación.

Lo cierto es que, tal como afirma Taruffo, una decisión nunca será justa “si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos”⁹²¹. A mayor abundamiento, si se establece en

⁹¹⁹ TAVOLARI, R. 1998. Variaciones sobre la prueba en el proceso. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCV (Nº 2): pp. 38-39. Si bien el autor en este segmento se refiere predominantemente al iter probatorio civil, vale la pena igualmente mencionarlos para tomarle el peso al tema de la pluralidad de hipótesis que pueden dar origen a un error en el proceso.

⁹²⁰ En un sistema de libertad probatoria, la admisibilidad de la prueba, su interpretación y valoración son aspectos en los cuales podrían darse equivocaciones. MALEM SEÑA, J. 2009. *op. cit.* p. 19.

⁹²¹ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 64.

forma incorrecta la verdad (o falsedad) de los enunciados fácticos a partir de las pruebas disponibles, malamente podría demandarse una aplicación correcta del derecho⁹²².

En este sentido, adelantamos la idea de que incorporar un *estándar de prueba* aplicable sobre la premisa fáctica de la decisión judicial se erige cada vez con mayor fuerza cuando se trata de indagar una alternativa concreta que esté destinada a producir decisiones judiciales que, a pesar de aceptar la incuestionable tesis de la falibilidad judicial, las haga un poco más justas, sobre todo si detrás de ellas subyace una elección política sobre el margen de tolerancia que se tiene sobre un tipo de riesgo de error en desmedro de otro⁹²³. También pueden generarse otras formas de error a través de la aplicación indebida de la regla de estándar de prueba, de la defectuosa comprensión que los jueces hagan de la misma o cuando la decisión es tomada en ausencia de dicho parámetro objetivo que nos indique cuándo se puede (y cuándo no) dar por suficientemente probado la proposición fáctica sobre un hecho⁹²⁴.

Como vemos, son infinitas las modalidades en que se puede provocar una distorsión en la fijación de la cuestión fáctica. Independiente de la pluralidad de formas en las que el razonamiento probatorio pueda incurrir en estos tipos de desajustes, lo que no puede pasar desapercibido es que una falsa determinación de la premisa fáctica condiciona irremediamente la aplicación indebida del derecho⁹²⁵. En efecto, la correcta aplicación de la ley al caso concreto está supeditada necesariamente al correcto establecimiento de los hechos. No tomar conciencia de esta manera de proceder, provoca efectos perniciosos en el sistema judicial.

(ii) Por otra parte, el órgano aplicador de derecho puede incurrir también en equivocaciones en la justificación normativa de sus decisiones, las que pueden afectar tanto la interpretación como la aplicación del derecho (ambas tienen un nexo indisoluble con la *quaestio iuris* de la decisión). Jorge Malem Señá clasifica algunas de las variadas formas en las que es posible caer en dichos errores, algunas de las cuales ejemplificaremos a continuación. Si un juez, al resolver un conflicto jurídico, identifica una laguna normativa o una antinomia entre normas donde no existe tal conflicto, o viceversa (no detecta estos embrollos jurídicos cuando sí debió haberlos descubierto), se incurre en una hipótesis

⁹²² TARUFFO, M. 2004. Consideraciones sobre prueba y verdad. *En*: La prueba en el nuevo proceso penal oral. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. p. 180.

⁹²³ Esta discusión la veremos hacia el final de este capítulo.

⁹²⁴ Coincidimos con Ramón Beltrán en que actualmente existe una indeterminación de la regla de estándar de prueba cautelar en materia de prisión preventiva. BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 468.

⁹²⁵ NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 22.

de error que es provocada por las consideraciones de derecho⁹²⁶. Del mismo modo, si un juez yerra en la selección de un precepto legal que será aplicado al caso concreto, desatiende el verdadero sentido y alcance del mismo o hace operar algunos criterios hermenéuticos en forma incorrecta (v. gr., aplica el criterio de interpretación analógica de la ley penal *in malam partem*⁹²⁷ o extiende el principio de legalidad y tipicidad de las medidas cautelares personales a hipótesis que no comprende la ley procesal penal), puede también producirse una hipótesis de error jurídico⁹²⁸.

Si llevamos esto al entramado de consideraciones que deben tenerse en cuenta en relación a la adopción de una medida cautelar personal, un juez penal puede incurrir en un error en la premisa normativa si, por ejemplo, emplea equivocadamente el principio de proporcionalidad que disciplina las medidas cautelares. Imagínese que en el ejercicio de ponderación que se lleva a cabo en un caso concreto de prisión preventiva a través de la ecuación “costos” (afectación de la libertad personal) y “beneficios” (proteger la realización de los fines del procedimiento), el órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que -a pesar que los costos son superiores a los beneficios perseguidos- la prisión preventiva debe adoptarse de igual manera. De darse este hipotético caso, el juez habría cometido un error jurisdiccional de extraordinaria importancia.

Otra forma de producir algunos errores de derecho -escribe Mendonca- se da cuando “se aplican normas inaplicables al caso [11] o a la inversa, si no se aplican en ella normas aplicables al caso [12]”⁹²⁹. Piénsese, por ejemplo, un caso hipotético en que el Juzgado de Garantía al momento de determinar la procedencia de ordenar la prisión preventiva, previa solicitud del fiscal o el querellante, eche mano a las hipótesis legales definidas para las medidas cautelares reales que prevé el artículo 157 del Código Procesal Penal, u otro caso hipotético, en que se soslayan, y por ende, no se aplican las normas de improcedencia de la prisión preventiva que dispone el artículo 141 del Código Procesal Penal para un delito de giro doloso de cheque o cualquier otro situación que deba ser perseguida vía una acción penal privada. Ambos casos son la expresión de una incorrecta aplicación de las premisas normativas a un supuesto de hecho, ya sea porque se aplican preceptos que no guardan relación con la controversia jurídica o no se aplican normas que debieron haber sido empleadas para la adecuada resolución del conflicto de relevancia jurídica.

⁹²⁶ MALEM SEÑA, J. 2009. *op. cit.* p. 25.

⁹²⁷ *Ibíd.* p. 26.

⁹²⁸ Incluso el autor señala como una hipótesis de error los supuestos de la dictación de una prisión preventiva injusta por razones de tipo procesal o probatorio. *Ibíd.* p. 39.

⁹²⁹ MENDONCA, D. 1998. *op. cit.* p. 204.

Lo que queremos subrayar con estos ejemplos es que las incorrecciones jurisdiccionales, que intuitivamente pudieren pensarse, sólo se dan en la dictación de la decisión definitiva en un determinado conflicto penal, también pueden ocasionarse en una decisión preliminar del mismo. Esto ocurre -y ha quedado demostrado en el hito jurisprudencial desarrollado más arriba- también en el contexto de la discusión sobre la concesión, mantención o denegación de una prisión preventiva sometida al conocimiento de un Juzgado de Garantía, un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal o un tribunal superior de justicia. En efecto, la articulación de la *modalidad fáctica* del error es posible de ser causada cuando se da por acreditado desacertadamente el elemento material de la prisión preventiva, vale decir, cuando se tiene (o no) por probado los antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare y que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, tal como lo dispone la letra a) y b) del artículo 140 del texto positivo procesal. Del mismo modo, es perfectamente posible que se configure un error en su *modalidad jurídica* cuando equivocadamente el órgano jurisdiccional determina que se verifican (o no) el presupuesto normativo de necesidad de cautela que establece la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal.

Una cuestión diferente, pero que no contradice en nada lo dicho anteriormente, es que la densidad del error y su magnitud en las víctimas que lo padecen tiene su mayor expresión cuando se da término a los casos a través de una sentencia definitiva firme o ejecutoriada⁹³⁰. No sin razón, la decisión retrospectiva que fija la condena de inocentes o la absolución de culpables es lo que más ha llamado la atención sobre la doctrina procesal, siendo el fenómeno de estudio que ha cobrado mayor impacto a nivel legal, jurisprudencial y periodístico⁹³¹. En efecto, solo hacia el término del proceso es donde se puede visualizar con mayor nitidez la entidad del perjuicio que sufre injustamente la persona a la que, paradójicamente, el medio jurídico se autoimpuso la obligación de considerarlo inocente, máxime si el acusado pasó una gran parte de tiempo privado de libertad preventivamente mientras pendía la resolución del juicio jurisdiccional definitivo. La situación puede complejizarse más aún si en la etapa de enjuiciamiento resulta el acusado condenado pero luego se declara nula la sentencia y el juicio oral (o solo la primera) mediante el acogimiento de los medios de impugnación que reconoce nuestro ordenamiento positivo⁹³². En definitiva, que el error judicial se vuelva patente mediante la

⁹³⁰ FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *op. cit.* p. 129.

⁹³¹ Sobre esto puede verse la portada del diario La Hora del 10 de abril de 2017 que fue resaltada por la Defensoría Penal Pública. LA HORA. 2017. Casi 3 mil chilenos inocentes estuvieron en la cárcel el 2016. [en línea]. <http://www.proyectoinocentes.cl/sala_prensa/noticias_detalle/165/casi-tres-mil-chilenos-inocentes-estuvieron-en-prision-el-ultimo-ano> [consulta: 10 abril 2017].

⁹³² Conviene tenerse presente que aún queda a salvo la posibilidad de que una sentencia firme, que hubiere condenado por crimen o simple delito a una persona, puede ser anulada por la Corte Suprema mediante la acción de revisión contemplada en el artículo 473 y siguientes del Código Procesal Penal, pudiendo incluso la Corte pronunciarse de inmediato -si es que así lo

sentencia que decanta en la absolución del imputado, no quiere decir que antes el error no haya existido ni que debamos subestimarlos, sino que por el contrario, significa que a pesar de su invisibilización éste siempre estuvo presente, el que luego, inconcusamente, devino en irrefragable.

En este sentido, nuestra propuesta de investigación apunta a que la comunidad política comience a poner el centro de atención no solo en el dilema político-moral del error ícono conocido como [condena de inocentes v/s absolución de culpables] sino también en el binomio [prisiones preventivas erróneamente concedidas v/s prisiones preventivas erróneamente denegadas].

3.1.3. Causas del error judicial

“De acuerdo a Forst, si bien muchos de los casos de errores del sistema no obedecen al mismo problema que los de las condenas de inocentes, tratándose de las personas que han sufrido privaciones de libertad sin sentencia, las causas que los generan son similares y sus efectos igualmente devastadores”⁹³³.

Contrario a la percepción que se tenía hace algunos años en torno a la mínima importancia atribuida al reconocimiento teórico y empírico de que en Chile se condenaba a gente inocente, hoy podemos afirmar que en la actualidad es una idea que concita gran apoyo entre los distintos operadores jurídicos del sistema, los que progresivamente han empezado a interesarse más y de mejor manera sobre este tema de estudio. Esto los ha conducido al punto de indagar las causas o factores que ocasionan que el sistema procesal penal produzca errores de una extraordinaria importancia por las situaciones de injusticia y sufrimiento que genera en sus víctimas, los que lamentablemente suceden con mayor frecuencia.

Exiguas y recientes publicaciones nacionales provenientes del mundo académico han puesto con un estilo ingenioso, riguroso y detallado -propios de los asuntos de alta complejidad- el énfasis en este ámbito de estudio con el propósito de comprender el problema jurídico de fondo que subyace a la gravedad de un error judicial como el descrito y de analizar las repercusiones que tienen sus efectos en la confianza del sistema y en su legitimidad política. Usamos el término “recientes” porque son contribuciones científicas que pueden considerarse atrasadas e insuficientes en comparación a la

solicitar el recurrente- sobre la indemnización que prevé el artículo 19 N° 7 letra i) de la Carta Fundamental cuando resultare fehacientemente acreditada la inocencia del erróneamente condenado. En general, este mecanismo de protección de la persona inocente ha sido -en la opinión de Fernando Mardones- muy mezquino por los criterios restrictivos y la “doctrina equivocada” que ha construido la Corte Suprema a la hora de dar lugar o rechazar las acciones de revisión. MARDONES, F. 2011. El recurso de revisión, una mezquina protección al inocente. Revista 93 de la Defensoría Penal Pública. Año 2 (N° 6): p. 47.

⁹³³ DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* pp. 162-163.

evolución y profundidad que tiene este tópico en la literatura e investigación empírica extranjera desarrollada especialmente por el movimiento inocentista⁹³⁴, lo que revela que no fue sino hasta hace poco que se instaló en Chile una efectiva preocupación por esta notoria injusticia. Mauricio Duce es - en nuestra opinión- quien ha redactado el trabajo más actualizado en la materia desde una perspectiva empírica y científica, realizando un examen concreto, cuantitativo y cualitativo de las acciones de revisión que se interponen en la Corte Suprema para que sea nuestra más alta magistratura la que revea extraordinariamente las sentencias firmes en que eventualmente se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito que no cometió (haciendo primar con ello, el sentido de justicia por sobre el de la seguridad jurídica⁹³⁵). Su objetivo fue aproximarse empíricamente al objeto de estudio para, entre otras cosas, lograr identificar las causas que explicarían las razones que harían que el actual sistema esté condenado a gente que efectivamente no ha cometido los delitos que se les imputan⁹³⁶.

Durante su investigación, el autor accedió a la base de datos de la Corte Suprema que contiene material vinculado a las acciones de revisión conocidas por dicho tribunal superior de justicia durante el periodo 2007-2013. En el período de observación se presentaron 470 recursos, 44 de los cuales fueron acogidos por la Corte Suprema⁹³⁷ bajo la causal de la letra d) del artículo 473 del Código Procesal Penal: “d) Cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuera de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado”.

El número asciende a 44 casos de extrema gravedad en que efectivamente se condenó a personas inocentes⁹³⁸. Este número es a juicio de Duce y creemos, de toda la comunidad jurídico-

⁹³⁴ “Este movimiento, además de encargarse de la litigación de los casos de condenados que reclaman su inocencia, se ha preocupado de investigar las causas de las condenas erróneas y sugerir las modificaciones necesarias para evitar que ellas se produzcan. (...) Como dice Medwed, (...) el ‘esfuerzo de liberar a los inocentes se ha transformado en el movimiento de los derechos civiles del siglo XXI’”. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 253.

⁹³⁵ El mismo autor señala que su interés no es “realizar un estudio de casos sino avanzar en una caracterización preliminar de los mismos”. DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* p. 181.

⁹³⁶ Sobre la importancia de contar con información empírica en el estudio de estos problemas, vale la pena parafrasear la opinión de Laudan: “Una de las razones por las que sabemos mucho menos de lo que deberíamos es que los tribunales en particular, pero también el sistema de justicia penal en general, tienden a desincentivar el tipo de investigación empírica que nos permitiría resolver definitivamente tales cuestiones. (...), creo que nuestros métodos de investigación deben ser constantemente sometidos a un escrutinio de corte empírico para determinar si, en efecto, están haciendo lo que esperamos que hagan”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 31.

⁹³⁷ Al igual que los resultados arrojados por la investigación empírica anterior realizada por Fernández y Olavarría, en todos los casos acogidos se acreditó fehacientemente la inocencia del condenado, declarando la nulidad de la sentencia y dictando posteriormente la respectiva sentencia de reemplazo. DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* p. 163.

⁹³⁸ Usamos el término “efectivamente”, queriendo referirnos a aquellos casos en que realmente el propio sistema tuvo la capacidad de detectar la condena injusta de personas inocentes. Es decir, una porción importante de casos no llegaron a declararse como condenas erróneas por diversas razones, ya sea porque los afectados nunca interpusieron el recurso de revisión, se interpusieron recursos que no pasaron el trámite de admisibilidad, los ministros de la Corte Suprema rechazaron en el fondo las acciones porque consideraron que no se configuraba la causal, etc. Téngase presente que antes del trabajo de Duce se publicó otra valiosa investigación elaborada por José Manuel Fernández y Malva Olavarría la cual abarcó los fallos dictados durante el período del 2 de enero de 2007 hasta el 30 de abril de 2009 en materia de acción de revisión. La mayoría

política interesada en mejorar la calidad de un sistema que produzca fallos verdaderos (condena de culpables y absolución de inocentes), una cifra no despreciable⁹³⁹. De la totalidad de los casos individualmente considerados en una porción de 37 de ellos (84,1%), la pena principal fue una pena privativa de libertad (que varía entre penas de 21 días de prisión hasta 10 años de presidio mayor en su grado medio⁹⁴⁰). Las 7 restantes (15,9%) corresponden a otro tipo de penas (en su mayoría fueron penas de multas y una pena sustitutiva a la pena privativa o restrictiva de libertad consistente en 40 horas de trabajo al servicio de la comunidad⁹⁴¹). Del universo de 37 casos en que se condenó erróneamente a gente inocente, 15 de ellos cumplieron efectivamente la pena privativa de libertad y el restante está distribuido entre penas alternativas (o penas sustitutivas, dependiendo de la legislación vigente al tiempo del ingreso del caso al sistema) de remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada⁹⁴². La gran mayoría de las condenas erróneas se produjeron en procedimientos simplificados (30 casos correspondientes al 68,2% de la muestra total) y solo 7 casos (15,9%) corresponden al procedimiento ordinario de juicio oral⁹⁴³, lo que no debiera sorprender si consideramos que el mayor flujo de ingresos de casos penales a nuestro sistema se da por la vía del procedimiento simplificado⁹⁴⁴.

A la luz de los recursos examinados y la sistematización de la evidencia recabada, el profesor Duce pudo caracterizar preliminarmente y reconocer los patrones comunes que se presentaban en todos aquellos casos en los que acogiendo las acciones interpuestas, se reconoció explícitamente la

de los 229 recursos presentados fueron rechazados de plano por problemas en los presupuestos formales de admisibilidad. En la investigación de Duce se presentó la misma dificultad. *Ibíd.* p. 165.

⁹³⁹ No deja de causar cierta admiración que la mayoría de las acciones de revisión impetradas fueron ejercidas por el mismo Ministerio Público. *Ibíd.* p. 174.

⁹⁴⁰ *Ibíd.* p. 169.

⁹⁴¹ *Ibíd.* pp. 169-170.

⁹⁴² *Ibíd.* p. 170.

⁹⁴³ *Ibíd.* p. 171.

⁹⁴⁴ “Así, de acuerdo a las estadísticas del Ministerio Público, del total de 230.640 sentencias condenatorias dictadas el año 2013, sólo el 7.397 (un 3,2% del total) fueron consecuencia de la realización de un juicio oral ordinario y el resto (96,8%) son producto de la realización de procedimientos abreviados, simplificados y monitorios”. *Ibíd.* p. 172. El Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público del año 2015, indica que durante el año 2014, el número total de sentencias condenatorias ascendió a la cifra de 228.357, de las cuales sólo 8.137 corresponden a sentencias emitidas en un procedimiento ordinario de juicio oral. MINISTERIO PÚBLICO. 2015. *op. cit.* pp. 31, 54. Durante el año 2015, el número total de sentencias condenatorias ascendió a la cifra de 234.076, de las cuales sólo 8.570 corresponden a sentencias emitidas en un procedimiento ordinario de juicio oral. MINISTERIO PÚBLICO. 2016. Boletín Estadístico Anual. [en línea]. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [consulta: 20 abril 2017]., pp. 18, 40. Durante el año 2016, el número total de sentencias condenatorias ascendió a la cifra de 220.935, de las cuales sólo 8.835 corresponden a sentencias emitidas en un procedimiento ordinario de juicio oral. MINISTERIO PÚBLICO. 2017. Boletín Estadístico Anual. [en línea]. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [consulta: 20 abril 2017]., pp. 18, 40. Por último, durante el presente año 2017 entre los meses de enero y junio, el número total de sentencias condenatorias que se han emitido asciende a la cifra de 103.704, de las cuales sólo 3.666 corresponden a sentencias emitidas en un procedimiento ordinario de juicio oral en el año en curso. MINISTERIO PÚBLICO. Semestre Enero-Junio 2017. Boletín Estadístico Anual. [en línea]. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [consulta: 20 septiembre 2017]., pp. 18, 40. Cabe destacar que los boletines reproducidos no desagregan la cantidad de sentencias condenatorias dictadas según el tipo de procedimiento en el que se pronuncian. Solo contemplan la referencia general de que los números indicados corresponden a procedimientos ordinarios de juicio oral.

condena de inocentes, vale decir, delitos que no existieron o delitos que a pesar de cometerse, las personas acusadas en ellos no tuvieron participación. Con esta metodología de trabajo el autor pudo identificar los principales factores que inciden en la producción de sentencias erróneas, los que coincidían con algunos elementos que antes ya habían sido develados por un compilado de estudios que hace varios años venía acumulando la experiencia comparada⁹⁴⁵. En este sentido, existe relativo consenso en la literatura nacional como extranjera (el trabajo abnegado que realiza el *Innocence Project* ha sido un gran promotor del progreso en esta área científica⁹⁴⁶) en que los factores que provocan el error en la condena de inocentes son los siguientes: “(1) problemas con la identificación ocular de imputados por parte de víctimas y testigos; (2) uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad; (3) uso de confesiones falsas; (4) uso de testigos mentirosos o poco confiables; (5) mal trabajo de las agencias de persecución penal; e, (6) inadecuada representación legal de los condenados”⁹⁴⁷.

El *Proyecto Inocentes* promovido por la Defensoría Penal Pública⁹⁴⁸, identifica en su página web las mismas seis causas que facilitan la producción de fallos errados y que se cometen habitualmente en alguna etapa del proceso⁹⁴⁹. Como anunciamos al principio de este tercer capítulo, los factores arriba enumerados que inciden en la producción de la condena de inocentes, no necesariamente son imputables objetivamente a la potestad jurisdiccional sino que son el resultado de falencias que se presentan en el funcionamiento general del sistema en el cual participan los distintos agentes en cada una de sus fases. Al mismo tiempo, existe un relativo consenso que similares factores

⁹⁴⁵ Estados Unidos es un país precursor en la investigación de las causas de error judicial en el sistema de justicia penal norteamericano. En dicho sistema los casos de error son conocidos -en la afirmación de Duce- “desde prácticamente hace dos siglos, no obstante la preocupación académica por el estudio del tema sólo es posible de identificar desde la década de los 30 del siglo pasado”. DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 80.

⁹⁴⁶ INNOCENCE PROJECT. 2017. [en línea] <www.innocenceproject.org> [consulta: 30 junio 2017].

⁹⁴⁷ DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* p. 176; DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 91; SCHUBERT, G. 2011. ¿Existen inocentes en las cárceles de Chile? Revista 93 de la Defensoría Penal Pública. Año 2 (N° 6): pp. 7-11. Ignacio Castillo reconoce estas causas y agrega otras más (algunas de las cuales pueden ser redireccionadas hacia las que ya señalamos) que también son respaldadas por organismos internacionales: “d) testimonios de ‘informantes’; e) falta de evidencia científica o, en otros casos, exceso de ‘junk science’ (ciencia basura); f) inadecuado manejo y conservación de material biológico con ADN (...)”. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 254. De la misma manera, en el panel titulado “Afectación de garantías en el Proceso Penal” celebrado en el I Congreso de Derecho Penal y Procesal Penal organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado el día 26 de octubre de 2015, el profesor Leonardo Moreno incluye como causa adicional los “problemas de valoración probatoria y fundamentación” que no están incorporados, según su visión, en el Proyecto Inocentes. I CONGRESO DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL: 26 de octubre de 2015. 2015. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado.

⁹⁴⁸ “El Proyecto Inocentes surge como una idea de la Defensoría Penal Pública que, inspirada en trabajos realizados por organizaciones como *Innocence Project* (Proyecto Inocencia) de Estados Unidos, busca imponer nuevos desafíos para mejorar ciertas prácticas, hábitos y rutinas de trabajo de los principales actores del sistema de justicia. Como Defensoría Penal Pública, también nos obliga a estar alertas respecto de los problemas que les ocurren a los imputados, en tanto han sido sujetos de persecución penal y-en el caso del Proyecto Inocentes- cuando se les imputa la comisión de un delito y luego se comprueba su inocencia”. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2017. Proyecto inocentes. [en línea]. <<http://www.proyectoinocentes.cl/pag/5/353/introduccion>> [consulta: 29 junio 2017].

⁹⁴⁹ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2017. Proyecto inocentes. [en línea]. <<http://www.proyectoinocentes.cl/pag/24/358/introduccion>> [consulta: 29 junio 2017].

con intensidad variada influyen también en la dictación errónea de prisiones preventivas de personas que luego son declaradas inocentes por medio de la sentencia absolutoria⁹⁵⁰. De lo anterior se puede colegir que estamos frente a un problema sistémico y endémico que debe ser estudiado exhaustivamente desde la perspectiva general del modelo procesal vigente, toda vez que es un asunto cuya trascendencia excede los límites del análisis particular del caso concreto⁹⁵¹.

No es este el espacio para desarrollar a fondo las causas mencionadas, toda vez que la pertinencia de su estudio está radicada en un ámbito diferente al que convoca el objetivo central de esta investigación. No obstante esto, resulta imperioso hacer una breve referencia sobre algunos de los factores enunciados, puesto que son ostensiblemente visibles en el origen de las resoluciones que conceden prisiones preventivas injustificadamente erróneas.

A. Identificación ocular de imputados por parte de víctimas y testigos

El primero de ellos dice relación con los problemas que se suscitan en la identificación ocular de los imputados en cuya práctica irregular tienden las víctimas o testigos a reconocer visualmente como responsable de la comisión del hecho punible a una persona que no es la que verdaderamente cometió el delito, por mucho que en el acto de identificación se muestren totalmente confiados e internamente muy seguros de la persona que ellos han sindicado como autor⁹⁵². Los estudios confeccionados en la experiencia comparada -y que son los que luego observan y traslada la doctrina nacional- ilustran que el problema de la diligencia de reconocimiento radica en tres dimensiones distintas: aspecto cognitivo (funcionamiento de la memoria de la víctima o testigo que participa en la diligencia), circunstancias bajo las cuales se desarrolla la diligencia misma y el modo deficitario y de dudosa calidad en que se ejecuta la actividad en cuestión por las agencias de persecución penal⁹⁵³. Es respecto del tercer nivel de dificultades que queremos detenernos porque es precisamente el que se replica con mayor gravedad y recelo en nuestra realidad local.

⁹⁵⁰ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 88.

⁹⁵¹ CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 255. Una muestra de lo vasto que puede llegar a ser el tema es cuando identificamos el reconocimiento de errores en casos penales que involucra la violación de los Derechos Humanos. Al respecto, dice Rodrigo Coloma: “En los juicios por violaciones a los derechos humanos es donde adquieren especial relevancia asuntos tales como el reconocimiento de errores por parte de instituciones que habrían estado involucradas en la producción de delitos, los pronunciamientos de comisiones de verdad y reconciliación de naturaleza extrajudicial, etc., los que en otros juicios pudieren ser asuntos carentes de todo interés”. COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 224.

⁹⁵² Este factor en Estados Unidos es la mayor causa de la condena de inocentes: “Por ejemplo, al mes de agosto de 2014, el *Innocence Project* estima que en alrededor del 75% de los casos en que obtuvieron exoneraciones hubo un problema con el reconocimiento del condenado. (...) Finalmente, en la base de datos el *National Registry of Exonerations*, estas representan el 36% de los casos”. DUCE JULIO, M. 2015a. Algunas lecciones a partir de cuatro casos de condena de inocentes en Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 22 (N° 1): p. 170. Un año atrás (2013), la tasa registrada en el *Innocence Project* ascendía al 72%. DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 92. Lo mismo registra Ignacio Castillo Val. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 274.

⁹⁵³ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* pp. 92-93; DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* pp. 170-171.

Actualmente existe en Chile una alarmante ausencia de un procedimiento estandarizado y de buena calidad (no sugestivo, no inducido, secuencial, que resguarde una distancia o divergencia entre el funcionario que práctica el procedimiento y cualquier otro que haya tomado contacto anterior con los testigos o haya participado en diligencias previas en relación a un sospechoso⁹⁵⁴, que mantenga un registro íntegro de las actuaciones, etc.) que asegure un nivel de calidad medianamente aceptable y que entregue una confiabilidad razonable en la realización de la identificación ocular del imputado. A diferencia de lo que ocurría en el antiguo Código de Procedimiento Penal, hoy no existe en la ley procesal vigente un procedimiento disciplinado que regule normativamente esta diligencia. Al contrario, lo que encontramos en la práctica es más bien una sorprendente ausencia de modelos fiables y serios de reconocimiento (con descripción previa de etapas y requisitos detallados) que realicen adecuadamente la diligencia y que además se corresponda con las recomendaciones internacionales dispuestas en la materia⁹⁵⁵. La situación es de extrema gravedad al punto de que hoy en día la actividad queda entregada a la discrecionalidad de los criterios que establezca el órgano persecutor de turno (inclusive con una heterogeneidad en una misma fiscalía o unidad policial sobre la aplicación del mismo, sin contar los casos en que hay una inusual inobservancia de los mismos⁹⁵⁶).

El punto no es menor si apreciamos que el resultado que arroje la metodología empleada en esta diligencia es crucial para determinar las líneas investigativas futuras y las medidas posteriores que adoptarán los fiscales en el curso del procedimiento. En efecto, una diligencia errónea en una fase inicial, condicionará a la postre todo el procedimiento venidero.

Aquí también la jurisprudencia es errática en torno a este asunto. En efecto, los pronunciamientos casuísticos a nivel de tribunales inferiores y superiores de justicia oscilan desde aquellos que no ven en el ejercicio irregular de la identificación una distorsión relevante que haya que prevenir, toda vez que afecta perniciosamente el mérito epistémico de la prueba allegada al juicio penal o a la audiencia cautelar por la vía de la ejecución de dicha diligencia⁹⁵⁷ y también vulnera la garantía

⁹⁵⁴ A esta figura se le conoce como “administrador ciego” o sistemas de doble ciego. DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* p. 174; CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 277.

⁹⁵⁵ Si es que existen, no se han dado a conocer públicamente y mantienen sorpresivamente el carácter de reservadas. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 273. .

⁹⁵⁶ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 95. El profesor Duce señala algunos protocolos que han diseñado algunas agencias de persecución penal nacionales donde se contemplan una serie de requisitos y reglas que deben cumplirse en la ejecución de dicha diligencia de investigación, vía set fotográficos o rueda de personas (existe una tercera modalidad de exhibiciones o “show-up” que se contempla en el derecho comparado). El (i) Protocolo de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente del año 2010; (ii) Carta Instructiva sobre el Reconocimiento de Personas de la Policía de Investigaciones de Chile del año 2010. Nosotros tuvimos acceso al (iii) Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados elaborado en Julio de 2013 por la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional, Policía de Investigaciones de Chile y Carabineros de Chile. Duce ve en este último instrumento un avance importante en la materia, aunque no está exento de algunas críticas. DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* pp. 177-178.

⁹⁵⁷ “El reconocimiento en set fotográfico y en rueda de persona ha sido concebido en la jurisprudencia nacional como una diligencia de investigación y no como un medio de prueba propiamente tal. En consecuencia, el reconocimiento debe ser

constitucional del debido proceso⁹⁵⁸, hasta aquellos hitos jurisprudenciales que sí lo consideran un problema no desdeñable del cual hay que hacerse cargo⁹⁵⁹. Dentro de la última categoría, encontramos sentencias más recientes como la del 1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, causa RIT 213-2015, el que expresó lo siguiente:

“Duodécimo: “Que el análisis de las declaraciones de víctimas y funcionarios aprehensores, relativas a las circunstancias en que se practicaron los reconocimientos de la persona del acusado en la unidad policial, denotan contradicciones en cuanto a su oportunidad y secuencia de las diligencias realizadas; dejando ver, asimismo, una serie de factores que restan mérito probatorio a tales sindicaciones de las víctimas, desde que aquéllas no cumplen con estándares mínimos de objetividad y espontaneidad y carecen de consistencia al relacionarlas con otras afirmaciones de los ofendidos.

“(…) En este escenario de falta de consistencia entre los dichos de las víctimas y de los funcionarios aprehensores respecto de una misma diligencia, el reconocimiento personal que los ofendidos dicen haber practicado del encartado en la unidad policial, no es posible dar valor probatorio a tal sindicación; ni tener por acreditada una diligencia de reconocimiento fotográfico posterior, libre de inducción y subjetividad, *ya que es de suyo manifiesto que lo que hicieron los afectados al revisar las fotografías en la carpeta proporcionada por los aprehensores, fue buscar la imagen de la persona que momentos antes habían sindicado como uno de los autores del delito, la que obviamente estaba incluida en el set que se les exhibió*”⁹⁶⁰.

Del mismo modo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 91-2009 sobre exclusión probatoria, señaló en su considerando 3° lo siguiente:

“Que el sustento de la prueba excluida, al tenor de la resolución que se pretende impugnar, es la vulneración de garantías fundamentales tanto en que se infringiría el derecho a defensa, mediante la afectación de derechos fundamentales y, por otro lado, la declaración de los testigos con relación a la identificación o participación del imputado debe ajustarse a estándares mínimos de garantías. *Que en la especie, se fundamenta de modo lato por el juez a quo la exclusión de las pruebas señaladas, las cuales comparte ésta Corte, en la medida que estima que efectivamente existe una afectación al derecho de defensa en cuanto los reconocimientos fotográficos no fueron realizados de acuerdo a los*

entendido como una actividad más de indagación criminal, que facilita su orientación hacia un objetivo más preciso, (...)”. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE, POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE Y CARABINEROS DE CHILE. 2013. Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados., p. 15.

⁹⁵⁸ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* pp. 96-97.

⁹⁵⁹ *Ibíd.* pp. 97-98.

⁹⁶⁰ 1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal: RIT N° 213-2005. [05 de febrero de 2016]. Las cursivas son nuestras.

parámetros establecidos por el sistema, como asimismo, el reconocimiento en ruedas de imputados, no se realizó con la debida diligencia, toda vez que el sustrato probatorio que recae sobre el órgano persecutor debe tener no sólo un contenido en cuanto a su finalidad, sino que también requiere un peso específico de índole argumentativo, *de forma tal que los presupuestos fácticos probados han de requerir una metodología y secuencia*, que la defensa deba estar en condiciones de controvertir en el juicio⁹⁶¹.

Ahora bien, tal como aseveramos precedentemente, no siempre la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido tajante al instalar la necesidad de establecer un baremo que estableciera las reglas para llevar a cabo correctamente un reconocimiento⁹⁶².

Lo planteado nos lleva a prestar atención sobre este factor, el cual no puede permitirse ser minimizado ni descartado como un problema real y concreto que sufre nuestro modelo de enjuiciamiento, no solo porque está demostrado empíricamente que incide de manera determinante en la producción de la condenas de inocentes sino también porque previo a eso, es un vicio que se encuentra arraigado en etapas muy preliminares de la investigación las que igualmente conducen al ente persecutor a solicitar, si lo estimara conveniente, la medida cautelar más gravosa del sistema de justicia penal, provocando con ello la dictación equivocada de prisiones preventivas que tienen una extensión de tiempo no despreciable⁹⁶³. El riesgo de producción de error es mayúsculo si consideramos además que es justamente en la etapa de la investigación (sobre todo en las actuaciones de una investigación aún desformalizada), en donde no hay sistemas de regulación adecuado ni mecanismos de control íntegros de las actividades de levantamiento de información que allí desempeña el Ministerio Público en colaboración con las policías⁹⁶⁴. En teoría, si somos capaces de controlar a tiempo el error en una fase temprana del procedimiento, evitaremos también que se extiendan las consecuencias nocivas asociadas al mismo a etapas posteriores y aún más determinantes (v.gr. evitar que la diligencia supere el test de admisibilidad de la prueba en la audiencia de preparación de juicio oral; evitar que pueda ser valorada positivamente esta prueba en la etapa de juicio oral).

⁹⁶¹ SCA de Santiago: Rol N° 91-2009. [30 de enero de 2009]. Las cursivas son nuestras.

⁹⁶² Castillo Val cita un fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel (SCA de San Miguel: Rol N° 23-2008. [08 de abril de 2008]), en que si bien acoge un recurso de nulidad por identificar falencias en esta diligencia, no sugiere ninguna idea o aproximación de cómo debiesen ejecutarse un procedimiento de reconocimiento. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 276.

⁹⁶³ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 94.

⁹⁶⁴ Es primordial destacar que la jurisprudencia norteamericana ha mirado con malos ojos los reconocimientos realizados antes de la “formalización” de los hechos. Solo tienen validez cuando post dicha actuación, “el imputado tiene derecho a que su defensor participe del procedimiento de reconocimiento en rueda y, si se viola ese derecho, el reconocimiento no puede realizarse en el juicio (...) salvo que el fiscal demuestre por *evidencia clara y convincente* (...) que la identificación en el juicio se basa sobre la observación del imputado en el delito y no en el reconocimiento”. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* pp. 274-275.

Es menester considerar que los jueces de garantía la mayoría de las veces toman decisiones relativas a este asunto en la primera audiencia (de control de detención) en base a la apreciación temprana de los antecedentes investigativos que proporciona el fiscal (en este caso, la diligencia de reconocimiento y otros que consten en la carpeta investigativa -que es por los demás una de las primeras diligencias de investigación que realiza la policía previa instrucción del fiscal- y que se exponen de manera oral vía lectura de registros, sin que el juez penal pueda siquiera cotejar la efectividad de los antecedentes invocados) y el debate que pueda surgir de la contradicción de la defensa sobre la concurrencia de los presupuestos materiales y cautelares del artículo 140 del Código Procesal Penal en base a la poca información con la que se cuenta. El riesgo epistémico es evidente: una falsa identificación, produce falsas prisiones preventivas, y a la postre, falsas condenas.

Si los órganos especializados que están vinculados con este tipo de actuaciones investigativas productoras de evidencia (Ministerio Público, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Defensoría Penal Pública y Poder Judicial), logran converger en un consenso relativo en torno a la elaboración de un protocolo estricto que establezca los estándares mínimos para la realización de la diligencia, que sea capaz de ajustarse a las recomendaciones que se sugieren en el ámbito comparado, se podría mitigar paulatinamente la dictación injustificadamente errónea de prisiones preventivas. Al mismo tiempo, *a posteriori*, esto contribuiría en forma gravitante a que no se condenara erróneamente a personas inocentes que llegaron a la etapa de juicio, privadas preventivamente de su libertad debido a una desprolija e ineficaz diligencia de identificación ocular de imputado.

Ahora bien, es evidente que no basta la sola creación de un protocolo, sino que también se requiere su inclusión a nivel positivo -de *lege ferenda*- para asegurar su efectivo cumplimiento. Esto, junto con darle mayor prerrogativa a los jueces cautelares o adjudicadores, facilitaría la función de controlar el cumplimiento riguroso de este estándar de diligencia⁹⁶⁵. No se descarta tampoco incorporar programas de capacitación y perfeccionamiento en la formación profesional de los jueces, los que no se encuentran actualmente en la malla curricular de la Academia Judicial⁹⁶⁶.

B. Mal trabajo de las agencias de persecución penal (visión de túnel)

Un segundo factor que irrumpe igualmente sobre la resolución no acertada de la prisión preventiva es la visión de túnel que ciega el trabajo de los órganos de la persecución punitiva en el esclarecimiento de los hechos⁹⁶⁷. Este es una causa que guarda estrecha relación con el primer factor

⁹⁶⁵ *Ibíd.* p. 277.

⁹⁶⁶ CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 286; DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* p. 180.

⁹⁶⁷ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 122.

explicado. En efecto, no es sino mediante el inevitable prejuicio de confirmación⁹⁶⁸ que se instala en las agencias de persecución penal, lo que explica que tanto los fiscales como la policía -en tanto órgano auxiliar- focalicen la investigación en un solo sospechoso que previamente ha sido sindicado como el eventual responsable del ilícito penal, en base a la evidencia (aun escasa) que la víctima o testigos han proporcionado (v.gr. descripción de características físicas del imputado para la confección de un retrato hablado que permite orientar la investigación de la policía hacia un sujeto determinado y que luego concluye en la diligencia de reconocimiento propiamente tal⁹⁶⁹) o haciendo reposar la decisión en el capricho antojadizo que tiene la policía respecto de algún sujeto⁹⁷⁰. Luego, con la información filtrada, se detecta al sospechoso, la policía lo aprehende, se informa al fiscal de turno para que tome una decisión (dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro del plazo máximo legal que dispone la ley), se lo pone a disposición del Juez de Garantía (cuando correspondiere) y en la audiencia de control de detención y formalización de la investigación, se solicita en su contra -si es que cumple los requisitos legales- la prisión preventiva.

La visión de túnel -explica Duce- “se produce cuando los responsables de la investigación, luego de concentrarse en un sospechoso concreto, sobreestiman la evidencia disponible en su contra y de manera subconsciente descartan la posibilidad que existan otros autores o evidencia exculpatoria que surge en el resto de la investigación”⁹⁷¹. Esto es lo que acontece cuando se pierde de vista o se relaja la aplicación del principio de objetividad que debe inspirar la actuación del Ministerio Público cuando se rehúsa a explorar otras líneas de indagación que sean incompatibles con la hipótesis acusatoria inicialmente seleccionada, y se continua obstinadamente en la búsqueda sesgada de la evidencia inculpatoria con el solo fin de obtener resultados positivos e inmediatos que sean funcionales a las pretensiones punitivas y a los objetivos institucionales⁹⁷². No es difícil advertir que el mérito

⁹⁶⁸ “La investigación en psicología demuestra que el prejuicio de confirmación es una distorsión cognitiva que se produce en todos los seres humanos y que básicamente consiste en una ‘inclinación a retener, o tendencia a no abandonar, una hipótesis que ha sido seleccionada’”. *Ibíd.* p. 121. Sobre el prejuicio retrospectivo y el prejuicio en el resultado, véase CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* pp. 260-261. Sobre la posibilidad de que los jueces también estén influenciados por el prejuicio de confirmación, véase NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 55.

⁹⁶⁹ Cabe destacar que la sindicación efectuada por la víctima y/o testigo de que un determinado individuo ha participado en la comisión de un delito es un mero antecedente investigativo, que habilita a practicar la detención (estamos pensando, por ejemplo, en una situación de flagrancia) si es que concurren los presupuestos legales.

⁹⁷⁰ “En muchos casos la visión de túnel se inicia impulsada por el prejuicio anterior de la policía con un presunto autor (un imputado conocido, alguien problemático dentro del sector de vigilancia, un drogadicto, etc.) o bien respecto de una persona que, lamentablemente, tuvo el infortunio de estar en el momento inadecuado en el lugar incorrecto”. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 261.

⁹⁷¹ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 121; DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* pp. 188-189; DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* p. 183. Ignacio Castillo, citando la definición de Findley y Scott, la explica como “un conjunto de modelos deficientes de investigación y de falacias lógicas, que son susceptibles de producirse en todas las investigaciones, y que inducen a los intervinientes del sistema de justicia penal a “focalizarse en un sospechoso; seleccionar y filtrar la evidencia que les permite ‘armar el caso’ para lograr una condena, mientras ignoran o suprimen evidencia que permitiría excluir la culpabilidad””. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 259.

⁹⁷² Para algunas críticas a la aplicación de este principio, véase un breve comentario en CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 260.

epistémico de una investigación que adscriba a esta forma de trabajo es sumamente cuestionable. Algo de esto puede ser encontrado en el siguiente fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Fernando:

“en efecto, si bien la víctima reconoció en audiencia a Q.V. como el autor de los hechos, a juicio de este Tribunal este reconocimiento fue del todo inducido (...) Hubo de parte de la víctima un reconocimiento al acusado absolutamente viciado, por cuanto desde el momento en que aquel dio el nombre de sus sospechosos en la Fiscalía, lugar éste en que además le mostraron dos o tres fotografías; teniendo posteriormente un contacto visual en la audiencia de formalización, y por último a más de seis meses después de acontecidos los hechos se la hace un reconocimiento en rueda de presos, solo con otro imputado, pese a que después a instancias del Ministerio Público refirió no recordarlo (...)”⁹⁷³.

No sin razón una gran cantidad de jueces de garantía en el año 2009 adherían a la opinión de que “con la entrada en vigencia de la ley N° 20.253 (agenda corta), algunos fiscales tienen a formalizar por delitos más graves a fin de facilitar la dictación de la prisión preventiva”⁹⁷⁴. Es decir, con tal de asegurar la sospecha que propicia la visión de túnel amparada en una diligencia de investigación de una calidad precaria, el Ministerio Público es capaz de solicitar las medidas cautelares más intensas que ofrece el ordenamiento procesal para hacer consistente su prejuicio de confirmación con la deficitaria evidencia de la que dispone. Esta es, a nuestro modo de ver, una estrategia de acción interesante si se tiene en cuenta que gran parte de la adopción de prisiones preventivas se producen en la etapa inicial de investigación (específicamente en la oportunidad procesal que dispone la audiencia de formalización de la investigación⁹⁷⁵) en la cual se formaliza por un hecho “X” (de una gravedad mayor, v.gr. robo con violencia o intimidación) pero luego dicho hecho puede ser calificado jurídicamente como “Y” (de una gravedad menor, v.gr. robo por sorpresa) si es que no se reúnen los antecedentes suficientes para producir la prueba necesaria que buscará desvirtuar la presunción de inocencia del imputado en el juicio oral, teniendo como único límite para este cambio de estrategia jurídica la no infracción al principio de congruencia procesal.

⁹⁷³ Considerando extraído de LIBEDINSKY, S. 2011. *op. cit.* p. 34. Las cursivas son nuestras.

⁹⁷⁴ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* pp. 124-125.

⁹⁷⁵ Artículo 230: “Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial. Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley”. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000.

En cualquier caso, será el Juez de Garantía o el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal los que en último término deberán tener las herramientas adecuadas para controlar horizontalmente y corregir con rigor que el error provocado a nivel administrativo por las agencias de persecución penal, no se concrete ulteriormente en una resolución judicial injusta⁹⁷⁶.

C. Inadecuada representación legal

Una última falencia que expone al sistema procesal penal al riesgo de provocar más cantidad de errores en la concesión de la prisión preventiva es la representación legal defectuosa⁹⁷⁷. Este es un factor difícil de evaluar porque está referido a la competencia profesional, idoneidad técnica, preparación académica y debida diligencia que ejerce un abogado defensor desde que asume el patrocinio y poder de una causa hasta su término. Lo que corrobora esta afirmación es la ausencia de evidencia empírica que permita establecer conclusiones definitivas sobre el grado de incidencia que tiene esta causa para con las condenas erróneas o concesión de prisiones preventivas equivocadas⁹⁷⁸, sin perjuicio de que una manera de acercarse a su influjo son los casos en que tanto jueces de garantía como tribunales de juicio oral en lo penal han declarado el abandono de la defensa cuando el desempeño profesional está “muy por debajo de los estándares mínimos de competencia esperada”⁹⁷⁹.

Con todo, lo que indudablemente podemos exigir de la representación judicial de un imputado en un caso concreto es que actúe con la debida diligencia en el desempeño de su labor y que realice todo lo que esté a su alcance para, por ejemplo, identificar errores gruesos y notorios en la metodología empleada en la diligencia de reconocimiento de un imputado⁹⁸⁰ o hacer efectivo su derecho a participar en el reconocimiento en rueda de imputados cuando la causa ya está judicializada⁹⁸¹. Uno esperaría que ante este tipo de imperfecciones la defensa ejecutara un trabajo más activo, oportuno y eficaz en la audiencia de discusión de medidas cautelares para que luego el tribunal tenga un antecedente más a

⁹⁷⁶ DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* p. 193; CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 256. Ignacio Castillo Val va más allá en el argumento, sugiriendo incluso la fórmula de que los jueces de garantía pueda participar en algunas diligencias de investigación para garantizar su legalidad y tengan mayores herramientas de conocimiento al momento de pronunciarse sobre la concesión o denegación de ésta medida cautelar. *Ibid.* p. 264.

⁹⁷⁷ “El *Innocence Project* señala en su reporte del año 2001 que el trabajo deficiente de los defensores estaba presente en un 32% de los casos en donde ellos han obtenido una exoneración”. DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 125.

⁹⁷⁸ *Ibid.* p. 126.

⁹⁷⁹ *Ibid.* p. 126.

⁹⁸⁰ Por ejemplo, suponga que se realiza un reconocimiento fotográfico mediante la conformación de un set en que se incluyen 10 fotografías, 9 de las cuales contienen características antropométricas semejantes (9 fotografías de 9 personas distintas, todas con tez blanca) y 1 con características que obedecen a la descripción previa entregada por la víctima (tez oscura). En este tipo de caso hipotético, es evidente que se induce a la víctima a reconocer a la persona que reúne los atributos físicos de la única persona distinta que se ofrece en las fotografías. Ahí, la labor del defensor para denunciar lo irregular y viciado del procedimiento debe ser inmediata y eficaz. Algo similar ocurrió en el caso de Pedro Lobos en el que se exhibió a las víctimas una sola fotografía, cuestión que inevitablemente los indujo a identificarlo a él como el autor del delito. DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* p. 175.

⁹⁸¹ Cuando no está judicializada, en la opinión de Castillo Val, la posibilidad de concurrir a dicha diligencia también debería concederse. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 284.

considerar a la hora de tomar la decisión judicial sometida a su conocimiento, lo que no es otra cosa que dar cumplimiento a los deberes mínimos y esperables de un profesional letrado.

Ahora bien, no desconocemos en ningún caso que este factor está condicionado por problemas estructurales de funcionamiento del sistema procesal penal que no dependen exclusivamente de la labor que ejecute el abogado defensor⁹⁸². Duce señala como ejemplo de esto, las excesivas cargas de trabajo, falta de sistema de control, incentivos perversos para terminar anticipadamente los casos, espíritu de colaboración del defensor con actores del sistema y no de lealtad con su cliente, prestación mixta en el servicio de asistencia jurídica⁹⁸³, entre otros. Nosotros agregaríamos aquí el poco tiempo que tienen los defensores penales para tomar contacto con su cliente, entrevistarlo y recabar la información necesaria para preparar adecuadamente la defensa de un imputado que ingresa al sistema mediante una detención en caso de flagrancia y que debe enfrentar rápidamente una audiencia de control de detención, formalización y eventual discusión de medidas cautelares. Del mismo modo, las dificultades que se le presentan al momento de poder revisar detenida y rigurosamente los antecedentes que constan en la carpeta investigativa en los escasos minutos con los que cuenta antes de exponer sus alegaciones y controvertir la petición del fiscal en la misma audiencia, revela un desequilibrio de información y de armas importante entre los operadores jurídicos^{984 985}.

Una variable adicional a considerar (a la que ya nos referimos en un pasaje del capítulo II) es que los intervinientes debieran explorar todas las alternativas que la legislación positiva ofrece para representar adecuadamente las pretensiones del imputado. Tal como ocurrió en algunos ilustres casos de condenas erróneas en donde la defensa no interpuso el recurso de nulidad que habilitaba el Código Procesal Penal⁹⁸⁶, lo mismo puede producirse cuando no se interpone el recurso de apelación

⁹⁸² DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* pp. 125-126.

⁹⁸³ DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* p. 199.

⁹⁸⁴ Este último es un problema que también se extiende en la práctica a los fiscales de turno que toman las audiencias programadas de acuerdo a la distribución de trabajo que ordenan las instrucciones de la Fiscalía Nacional o Regional. En estas, los fiscales están supeditados a seguir los mandatos que el fiscal jefe de la causa ha encomendado.

⁹⁸⁵ El trabajo de Ramón García sirve al respecto. El autor, en base a la realización de encuestas y entrevistas hechas a 34 defensores penales públicos de las regiones II, III, IV, VI, VII, VIII, IX, XI y Región Metropolitana, durante el segundo semestre del año 2007, recoge y extrae la siguiente información en relación a la audiencia de control de detención y discusión de cautelares: “De los principales problemas en el ejercicio de la Defensa Técnica, (...), el 35% señaló la falta de acceso a los antecedentes, el 28% indicó la falta de preparación, el 21% problemas relacionados a la entrevista, un 11% atribuyó a ‘Otros’, y un 5% al Tribunal. (...) los que marcaron ‘Otros’ como problema expresaron el apuro de los intervinientes que siempre perjudicaba a la defensa, el poco cumplimiento de los compromisos interinstitucionales, poca voluntad a la entrega de carpeta para anticipar la discusión de cautelares, debiendo en ocasiones solicitar recesos largos para preparar, y falta de tiempo para revisar antecedentes antes de la entrevista, especialmente los fines de semana. (...) Finalmente, consultados sobre otros problemas en relación con estas materias, manifestaron (...), escasa formación de los jueces, imposibilidad del defensor de llegar a esta audiencia con informes periciales, como sociales o psicológicos, que muchas veces son determinantes para decretar la medida de prisión preventiva, etc”. GARCÍA, R. 2011. *El ejercicio del derecho a Defensa Técnica en la etapa preliminar del proceso*. En: Diez años de la reforma procesal penal en Chile. 1° edición. Santiago, Chile. Ediciones UDP., pp. 264-266.

⁹⁸⁶ DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* p. 198.

respectivo en contra de la resolución que ordena la prisión preventiva cuando hay méritos para hacerlo, sin perjuicio de la acción constitucional de amparo que provee el artículo 21 de nuestra Carta Fundamental⁹⁸⁷. Un avance en este sentido es el que ha hecho la Defensoría Penal Pública al establecer un estándar de defensa mínimo que suponga maximizar los derechos e intereses de los imputados a través de una defensa de calidad⁹⁸⁸.

El tema que aún queda pendiente es tomarse en serio dichos parámetros de actuación. Si no podemos controlar la producción de los errores inherentes que el sistema judicial produce, al menos debemos encargarnos de no facilitar el riesgo de su proliferación, cuando las posibilidades de su creación depende en cierta medida de las competencias del abogado defensor. Sólo así reduciremos el riesgo tanto de condenar a inocentes como de ordenar la imposición de prisiones preventivas incorrectas.

En la tesis que sustenta Ignacio Castillo Val, el diseño del sistema procesal penal chileno que él caracteriza como uno de tipo *adversarial*, genera un conjunto de incentivos perversos que facilitan las falsas condenas, restando el valor cognoscitivo y perjudicando las garantías fundamentales que persigue el modelo procesal de referencia, el que finalmente termina convirtiéndose en un sistema que no es “confiable y eficiente para prevenir la condena de un imputado ‘f inocente’”.⁹⁸⁹ Esto tiene cierto correlato con las estadísticas que maneja el *Proyecto Inocentes* hasta el año 2017⁹⁹⁰ (desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal⁹⁹¹), en el cual se detectaron un listado de 56 casos de personas (en algunos de ellos de hasta cuatro personas individualmente consideradas) que fueron privadas de libertad injustamente (la mayoría por medio de la prisión preventiva) y posteriormente el sistema de justicia criminal confirmó su inocencia a través de los distintos mecanismos que provee el

⁹⁸⁷ Téngase en consideración cómo este mecanismo constitucional de protección de la libertad personal y la seguridad individual se empezó a utilizar desde su modificación por la Constitución de 1980, como el principal medio para impugnar la resolución judicial de auto de procesamiento que la mayoría de las veces privaba de libertad al inculpado, prefiriéndose por sobre el recurso de apelación. Hasta el día de hoy, sigue aplicándose para impugnar la legalidad de la prisión preventiva. ALDUNATE, E. 2007. Panorama actual del amparo y hábeas corpus en Chile. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 5 (N° 1): pp. 24-26.

⁹⁸⁸ DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* p. 201.

⁹⁸⁹ CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 254.

⁹⁹⁰ La sistematización de los datos que proporciona la página del Proyecto Inocentes explica lo siguiente: “En esta sección encontrarás casos de personas inocentes -chilenas y extranjeras-, cuyas causas han sido tramitadas bajo la vigencia de la reforma procesal penal y en las que fueron privados de libertad injustamente, porque no cometieron el delito que se les imputó o porque el hecho imputado jamás existió”. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2017. Proyecto inocentes. [en línea]. <<http://www.proyectoinocentes.cl/pag/20/338/introduccion>> [consulta: 29 junio 2017].

⁹⁹¹ Que el descubrimiento de datos esté acotado a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal no significa que en el sistema inquisitivo no hayan existido casos, tal como señala Duce invocando al tratadista Rafael Fontecilla y al autor Enrique Paillás. DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 86.

ordenamiento procesal. Una sistematización de los datos puede ser aglutinado de la siguiente forma⁹⁹²
⁹⁹³.

Tabla N° 6

Número de casos detectados período 2003-2016

Año de exoneración	N° de casos detectados
2003	1
2004	0
2005	0
2006	1
2007	3
2008	5
2009	4
2010	7
2011	3
2012	4
2013	12
2014	8
2015	2
2016	6
Total	56

Tabla N° 7

Número de casos detectados por distribución regional

Región	N° de casos detectados
I - Tarapacá	5
II - Antofagasta	2

⁹⁹² La información consignada en la página web está clasificada bajo los siguientes criterios: (i) forma de término del caso; (ii) región; (iii) fecha inicio causa; (iv) fecha exoneración; (v) nombre del defensor; (vi) exonerado indemnizado; (vii) causa del error; (viii) verdadero autor; (ix) tiempo en prisión preventiva. Nosotros solo ocuparemos algunos de los criterios que nos son útiles a los efectos del desarrollo de esta memoria.

⁹⁹³ Las tablas diseñadas y que se exponen a continuación son confección nuestra sobre la base a los datos proporcionados por la página web: www.proyectoinocentes.cl consultada al 29 de junio de 2017.

III - Atacama	1
IV - Coquimbo	1
V - Valparaíso	3
VI - O'Higgins	2
VII - Maule	2
VIII - Biobío	12
IX - La Araucanía	1
X - Los Lagos	7
XI - Aysén	1
XII - Magallanes y Antártica	1
Región Metropolitana	16
XIV - Los Ríos	1
XV - Arica y Parinacota	1
Total	56

Tabla N° 8

Formas de término de los casos detectados

Forma de término del caso N°	Sentencia absolutoria	Sobreseimiento definitivo por acreditarse la inocencia (art. 250 letra b CPP)	Decisión de no perseverar
N° de casos	28	25	3
Porcentaje	50%	44,64%	5,35%
N° de prisiones preventivas concedidas	28	20	3
Porcentaje	50%	35,71%	5,35%

Tabla N° 9

Número de casos en los cuales se decretó prisión preventiva u otras medidas cautelares

Medidas cautelares decretadas N°	Prisión Preventiva	Otras medidas cautelares (detención, arresto domiciliario, etc.)	Prisión Preventiva + otras medidas cautelares
N° de casos	51 ⁹⁹⁴	12	8
Porcentaje	91,07%	21,42%	14,28%

Tabla N° 10

Causa del error judicial en los casos detectados

Causa del error judicial	N° de casos
Identificación errónea	18
Mala conducta de agentes del Estado	17
Declaración falsa	15
Error pericial o ciencia limitada	4
Mala conducta del defensor	1
Falsa confesión	1
Total	56

Como es evidente, los datos recién expuestos no cubren la totalidad del universo de casos en que efectivamente se ha perjudicado a personas inocentes, lo que es por cierto metodológicamente muy difícil de calcular y cotejar. Con todo, la aproximación empírica es importante para avanzar en la comprensión del problema y llamar la atención de que, por ejemplo, a lo largo de todo Chile el Proyecto Inocentes ha detectado 56 casos de error judicial durante el período 2003-2016, *51 de los cuales estuvieron afectados a la dictación de la prisión preventiva*⁹⁹⁵. De este número total, 28 de los casos finalizaron con una sentencia absolutoria y en todo ellos se decretó la prisión preventiva; 25 de los casos finalizaron en un sobreseimiento definitivo y en 20 de ellos se decretó la prisión preventiva; y 3 de los casos finalizaron mediante la decisión de no perseverar del fiscal y en todos ellos se decretó la prisión preventiva. Del mismo modo, los factores más concurridos del error judicial son los mismos

⁹⁹⁴ En uno de los casos se decretó internación provisoria. Solo en cinco casos no se decretó prisión preventiva.

⁹⁹⁵ La duración más corta de una prisión preventiva fue de 5 días, en cambio la duración más larga de una prisión preventiva fue de 897 días. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2017. Proyecto inocentes. [en línea]. <<http://www.proyectoinocentes.cl>> [consulta: 29 junio 2017].

que tratamos más arriba, a saber: identificación errónea (18 casos) y mala conducta de agentes del Estado (17 casos).

Si bien estamos acostumbrados a detenernos en los factores de riesgo de error asociados a la condena de personas inocentes (como lo hace el estudio empírico del profesor Duce), la reproducción de la última evidencia empírica nos es más fructífera e interesante a nuestros propósitos porque revela que el 50% de los casos detectados se debe a personas que estuvieron gran parte del procedimiento encarcelados preventivamente para luego confirmarse su inocencia en virtud de una sentencia absolutoria. *En todos ellos, las causas de la errónea dictación de la prisión preventiva coinciden con los estudios científicos acumulados a nivel nacional y comparado dedicados a la condena errónea de personas inocentes.*

Por otra parte, es importante destacar de que en algunos casos confluyen más de una causa de error (los emblemáticos casos de Pedro Ariel Lobos Parra y Julio Robles son algunos de ellos⁹⁹⁶). También existen otras potenciales causas de error en Chile que no se sitúan dentro de los estudios tradicionales mencionados. Uno de los factores que se dio con mayor regularidad a propósito de la dinámica de admisión de responsabilidad que se permite en el procedimiento simplificado, fue la suplantación de identidad en delitos con penas privativas de libertad bajas en las cuales al sistema le fue imposible enterarse anticipadamente de que las personas que realmente habían cometido el delito eran otras (no es trivial que 36 de los 44 casos en sede de revisión fueron revocados por la Corte Suprema debido a este motivo⁹⁹⁷). Lo distintivo de este factor es que obedece a una peculiaridad específica que se presenta como algo sintomático en nuestra realidad jurídica nacional y que no ocurre comúnmente en los demás sistemas jurídicos, a pesar de que en el derecho comparado sí se han descubierto algunos de estos riesgos asociados a similares procedimientos⁹⁹⁸.

Otro potencial factor que no se presenta en la experiencia comparada y que sí pudo ser reconocido como uno que favorecía la producción de condenas erróneas en dos casos concretos en nuestro país dice relación con serios problemas de coordinación del sistema judicial. En el primero, se

⁹⁹⁶ En este caso se presenta la concatenación de varios errores: (i) utilización inadecuada de los procedimientos de reconocimiento de imputados; (ii) mal trabajo de las agencias de persecución penal (exceso de celo de los persecutores). DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 87. El mismo conjunto de errores se produce en el caso de Julio Robles. DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* pp. 181-183.

⁹⁹⁷ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 85; DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* pp. 176-177.

⁹⁹⁸ El autor explica que una situación similar se produce en Suiza donde se identifican condenas erróneas con ocasión de la “confusión de nombres”. Con todo, en la experiencia comparada es habitual encontrar errores judiciales en procedimientos rápidos, de delitos de poca gravedad y en los cuales la probabilidad de identificar y evitar el error es bajísima. DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* pp. 177, 182.

responsabiliza a un interviniente específico, el querellante⁹⁹⁹, y en el segundo, se produjo un desperfecto en una notificación judicial de un procedimiento civil¹⁰⁰⁰. También sería interesante examinar de qué manera influyen algunas prerrogativas que entrega el sistema judicial en favor de los acusados, algunos testigos y ciertas relaciones privilegiadas entre sujetos, en la proporción de condenas o absoluciones falsas, si acaso esto puede ser extrapolado a la decisión de la prisión preventiva y cómo esto interfiere (o no) en la búsqueda de la verdad^{1001 1002}.

En definitiva, si en un principio el problema de la detección de las causas era de un interés marginal, la escasa evidencia con la que contamos hace impensable que hoy en día podamos considerarlo un problema poco significativo, más aun si son prácticamente los mismos factores de error los que se replican en distintas decisiones jurisdiccionales en la sustanciación del procedimiento penal chileno. El llamado que hacemos a la ciencia jurídica encargada de investigar estos temas es que comiencen a poner el foco de atención empírico en la realidad desbordante que produce el fenómeno del error en la prisión preventiva en Chile. En efecto, solo conociendo, estudiando y analizando con el rigor necesario las causas que originan empíricamente los errores judiciales podremos corregir las deformaciones que el modelo procesal genera. Para ello es conveniente seguir de más de cerca los

⁹⁹⁹ En el caso de la víctima Rafael Tapia, condenado injustamente por el delito de giro doloso de cheque, el error se reconduce al querellante “respecto a la fecha en la que recibió el pago íntegro del cheque y sus intereses y costas que llevó al tribunal a rechazar una solicitud de sobreseimiento definitivo del caso solicitada por el condenado”. *Ibid.* p. 184.

¹⁰⁰⁰ En el caso de la víctima Jorge Scalpello condenado injustamente por el delito de giro doloso de cheque, el error se reconduce a un funcionario auxiliar de la administración de justicia “ya que la notificación judicial del protesto de los cheques por parte del receptor se realizó en un domicilio que luego se acreditó no existía”. *Ibid.* p. 184. Ello llevo a que la gestión preparatoria de la notificación del protesto haya sido anulada por el tribunal civil con anterioridad a la condena, pero que la notificación de esta resolución haya sido con posterioridad a la dictación de la sentencia condenatoria penal.

¹⁰⁰¹ Laudan ha considerado que las razones que apoyan la protección de los derechos de los acusados impidiendo la posibilidad de conocer información relevante para el proceso obstaculiza la averiguación de la verdad. Esto queda reflejado en “políticas públicas” (como el epistemólogo denomina a algunos derechos de contenido procesal) que favorecen la posición del “acusado silencioso” (derecho a guardar silencio o principio de no autoincriminación), del “testigo silencioso” (aquel que se expone al riesgo de ser perseguido criminalmente) o del “testimonio privilegiado” (que entre nosotros se asemejaría a la facultad de abstenerse a declarar por razones de secreto, según dispone el artículo 303 del Código Procesal Penal). Concretamente, respecto del primer punto, el autor expresa: “A diferencia de un sistema hipotético donde los acusados colaboran en las investigaciones de la policía, podemos presuponer que el ‘Acusado Silencioso’ generará muchas más absoluciones falsas”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 213. En este sentido, el autor postula que si suprimiéramos esta figura (derecho), la errónea absolución de culpables probablemente disminuiría. Bentham es otro autor que se opone a reglas como el derecho a guardar silencio o los testigos privilegiados por razones epistemológicas. FERRER, J. 2010a. *op. cit.* pp. 3-4. En otros ejemplos, Ester Ledesma considera el derecho al silencio como “el principal escollo para averiguar la verdad”. LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 271. Una posición opuesta es la sostenida por Stein, para quien el ejercicio de derecho del acusado a guardar silencio protege a las personas inocentes que no cuentan con evidencia propia para acreditar su tesis de inocencia, disminuyendo la probabilidad de las condenas falsas. STEIN, A. 2008. The right to silence helps the innocent: a response to critics. *Cardozo Law Review*, Vol. 30 (N° 1): p. 102.

¹⁰⁰² Vale la pena también cuestionarse si la ausencia de un estándar de prueba cautelar para la prisión preventiva facilita su concesión o denegación errónea. Nosotros preferimos asumir este punto no desde las causas del error, sino como una de las tantas soluciones particulares a éste. En este sentido, creemos que la construcción de un estándar en esta sede favorece la distribución del tipo de error que preferimos tolerar, antes que favorecer la reducción de su producción. Este punto será tratado en la sección 3.3. de este último capítulo.

consejos de Binder: “toda explicación sistemática y de conjunto debe dar cuenta del fundamento de las normas como de su funcionamiento en la vida social”¹⁰⁰³.

3.1.4. Aproximación empírica a la prisión preventiva en contra de inocentes según la Defensoría Penal Pública

Para finalizar este apartado, expondremos algunos datos estadísticos que proporciona la Defensoría Penal Pública sobre un grupo de casos importantes en que se dictan prisiones preventivas de larga, mediana o corta duración en contra de acusados que más tarde fueron dejados en libertad en virtud de una sentencia absolutoria. Al igual que lo expusimos en el capítulo segundo y en la sección anterior de esta investigación, la información disponible con la que contamos sobre este tipo de fallas no está exenta de las críticas que se desplegaron a nivel de las condenas a inocentes, que por lo demás, son las mismas que podrían dirigirse más tarde sobre la carencia asombrosa de estudios relativa a la absolución de culpables o de cualquier otro tipo de deformación judicial que sea de una importancia considerable¹⁰⁰⁴.

Si no existen frondosas contribuciones académicas nacionales que estudien las causas de error y el riesgo de probabilidad de ocurrencia en que se podría llegar a condenar a inocentes según las características de un determinado modelo acusatorio penal¹⁰⁰⁵, el panorama sobre la investigación en cuanto a la concesión o denegación errónea de la prisión preventiva dista mucho de ser alentador. De hecho, para ser honestos, a pesar de que los antecedentes que arrojan los informes estadísticos de la Defensoría Penal Pública constituyen un notable avance en cuanto a la investigación empírica para entender la dimensión del problema, sigue siendo acotado e insuficiente en su contenido y alcance cualitativo¹⁰⁰⁶. Solo para tenerlo en cuenta en el tema que estamos examinando, si bien la muestra cuantifica un universo de casos en que se dictó una prisión preventiva en contra de acusados en que posteriormente se confirmó su inocencia por medio del juicio penal (no fueron condenados), la base de

¹⁰⁰³ BINDER, A. 1999. *op. cit.* p. 61.

¹⁰⁰⁴ Recordemos que recién en 2013 se publicaron los primeros trabajos en Chile con levantamiento de información empírica más o menos integral que analizaron las condenas erróneas como un defecto en el funcionamiento del sistema procesal penal. DUCE JULIO, M. 2015a. *op. cit.* p. 160.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.* p. 160.

¹⁰⁰⁶ El recogimiento, levantamiento y publicación de información que proporciona la página oficial de la Defensoría Penal Pública está motivado en la constante preocupación que muestra esta institución en torno a la injusticia patente y el sufrimiento que padecen las personas inocentes en virtud de los errores judiciales que se cometen, así como también en su interés por delinear -desde el Proyecto Inocentes- efectivos mecanismos de compensación indemnizatoria que impliquen reparar el daño causado y la reinserción de estas personas en la sociedad. Su importancia es capital, ya que la evidencia empírica nos autoriza a establecer criterios de verificación para saber si lo que estamos investigando va en la dirección correcta.

datos no muestra efectivamente -ni problematiza- si al momento de la concesión de dicha medida cautelar se cometió algún tipo de error o desperfecto judicial causado por algún actor del sistema¹⁰⁰⁷ (si a este elemento adherimos que tampoco existen en Chile un número suficiente de estudios científicos, técnicos y empíricos acabados que registren íntegramente los índices de interposición de acciones de revisión de sentencia firme o cualquier otro error grave reconocible en una decisión judicial a nivel de tribunales inferiores o superiores de justicia, las posibilidades de perfeccionar el sistema se ven notablemente mermadas¹⁰⁰⁸). En otras palabras, es posible conjeturar que hay una suerte de cifra negra al respecto en esta materia y que el acceso a la información de interés público con la que disponemos - y que ha impactado tibiamente sobre la ciudadanía- obedece muchas veces a una evidencia anecdótica.

Las consecuencias que genera la ausencia de evidencia significativa son devastadoras, toda vez que pone barreras (a veces infranqueables) que terminan por ignorar, minimizar o incluso -los más radicales- rechazar el problema¹⁰⁰⁹. Al mismo tiempo, pone importantes obstáculos al diseño e implementación adecuada de algunas mejoras y propuestas teóricas que ofrezcan soluciones sistémicas serias, responsables y de largo plazo que puedan perfeccionar el funcionamiento del sistema procesal penal. Con todo, según lo afirman los investigadores, son más las cifras disponibles que existen sobre personas en prisión preventiva que luego son absueltas en comparación a las cifras que manejamos sobre la condena de inocentes¹⁰¹⁰.

Adecuando al objeto de nuestra investigación una interrogante que se hace Mauricio Duce en el título de uno de sus artículos académicos, nos preguntamos lo siguiente: ¿debiéramos preocuparnos en Chile de la dictación de prisiones preventivas en aquellos casos que más adelante terminan confirmando la inocencia de los acusados? Nosotros creemos que sí. Además de lo que hemos venido

¹⁰⁰⁷ Cabe destacar que desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado por error judicial, el solo hecho de que un acusado llegue al juicio oral preso preventivamente (vía dicha medida cautelar o por el auto de procesamiento) y el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal concluya por medio de la sentencia en la absolución del acusado, no necesariamente significa que el proceso fue injusto ni transforma automáticamente a la resolución que dispuso la prisión preventiva en una resolución injustificadamente errónea o arbitraria. Debemos recordar que el estándar de prueba cautelar (aunque inexistente en nuestro actual ordenamiento jurídico) es diferente al estándar de prueba de condena. Si el procedimiento resarcitorio fuera tan fácil, existiría una suerte de avalancha de demandas civiles en contra del Estado que no parece ser lo más adecuado. Lo mismo ha enfatizado la jurisprudencia asidua de la Corte Suprema. CARMONA SANTANDER, C. 2004. *op. cit.* pp. 344-348.

¹⁰⁰⁸ Este escollo es el que denuncia el profesor Duce en su publicación: “Con todo, se trata de un proyecto [se refiere al Proyecto Inocentes] que no tiene como propósito central el registro sistemático y completo de todas las condenas erróneas generadas en nuestro sistema procesal penal acusatorio. Por ejemplo, a inicios del mes de marzo de 2015 la páginas web del proyecto aún no incluía los casos en donde la Corte Suprema ha revocado sentencias condenatorias como producto de conceder recursos de revisión”. DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* p. 161. El paréntesis en corchetes es nuestro.

¹⁰⁰⁹ Una ausencia de información estadística, fidedigna y acuciosa del tema que estamos abarcando, deja un espacio a aquellas posturas emergentes en el debate que niegan la existencia del problema. Esto es lo que ha pasado en países como Estados Unidos. *Ibid.* p. 161.

¹⁰¹⁰ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 60.

diciendo en las secciones anteriores, queremos justificar nuestra respuesta apoyándonos en los siguientes datos reales.

En primer lugar, la fundamentación de la respuesta debe estar anclada desde una mirada global de nuestra historia procesal penal. Esto supone necesariamente contemplar algunas cifras que provienen del sistema inquisitivo. Es de amplio conocimiento el uso extendido que tenía la prisión preventiva en delitos de significativa gravedad (con períodos relevantes de tiempo que en promedio fluctuaban entre los 2,6 meses y los 9,5 meses de duración¹⁰¹¹) en el contexto normativo e institucional pretérito en contra de personas que en su gran mayoría terminaban siendo condenadas. No obstante ello, algunos estudios detallados realizados por reconocidos cuerpos universitarios ilustran que de una muestra aleatoria de 180 expedientes recogidos en Santiago, un 14% concluía con sentencia absolutoria en circunstancias que todas las personas procesadas habían estado a la espera de su sentencia, privados preventivamente de su libertad¹⁰¹². Igualmente, investigaciones desarrolladas por el Ministerio Público en conjunto con organismos internacionales, mostraba que en un análisis de 1.900 casos aleatorios ingresados en dos juzgados del crimen de Santiago durante el período enero-febrero de 2002, solo una porción ascendente al 6,9% (de un total del 14,5% casos que iniciaron mediante una detención) “había sido condenado a quince meses de su inicio estando la mayoría concluidos por otro motivos”¹⁰¹³, ya sea por la vía del sobreseimiento definitivo o la absolución.

En segundo lugar, necesariamente debemos aproximarnos a la interrogante desde las cifras totales nacionales que nos ofrece la institución pública en el contexto de la aplicación de la reforma procesal penal, respecto de las cuales solo nos atenderemos al segmento de cantidad de causas individualmente consideradas a lo largo del país, sin distinguir por zona de tipo geográfica, sociodemográfica (sexo, edad, nacionalidad, etnia), entre otras¹⁰¹⁴. Según el Informe Estadístico Anual del año 2011 de la Defensoría Penal Pública, citado por el mismo profesor Duce, la cifra de personas atendidas por este organismo que estuvieron sometidas a prisión preventiva y luego fueron dejadas en libertad por medio de una sentencia absolutoria ha ido incrementándose considerablemente. En efecto, “en los años 2006 y 2011 esa cifra se habría incrementado anualmente desde 275 a 588 absueltos por año, es decir, un 113,8%”¹⁰¹⁵. Específicamente, entre el año 2010 y 2011 la cifra aumentó de 578 a 588

¹⁰¹¹ DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. *op. cit.* p. 8.

¹⁰¹² *Ibid.* pp. 6-7.

¹⁰¹³ *Ibid.* p. 9.

¹⁰¹⁴ A pesar de que los informes nos entregan este tipo de variables, por razones de extensión, preferimos abocarnos en este apartado solo a los elementos cuantitativos.

¹⁰¹⁵ DUCE JULIO, M. 2013. *op. cit.* p. 88.

causa-imputado¹⁰¹⁶. En el Informe Estadístico Anual del año 2012, “entre los años 2008 y 2012 se habría incrementado anualmente desde 367 a 746 absueltos por año, es decir, un 103%”¹⁰¹⁷, durante un período de duración de al menos 15 días de prisión. Específicamente, entre el año 2011 y 2012 la cifra aumentó de 518 a 746 causa-imputado que terminó absuelto, incrementándose de 3,4% a 3,9%¹⁰¹⁸.

En el Informe Estadístico Cuatrimestral (septiembre-diciembre) del año 2013¹⁰¹⁹, se contabilizaron a nivel país 41.565 causas que para sus diferentes clases de delitos¹⁰²⁰, terminaron a través de una sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo (letra “a” y “b” del artículo 250 del Código Procesal Penal) y la decisión de no perseverar ejercida por el Ministerio Público. De ese número total, un 5,6% corresponde al porcentaje en que se decretó la medida de prisión preventiva o internación provisoria¹⁰²¹, lo que equivale aproximadamente a 2.328 causas. Además, dice el informe, “considerando las causa-imputado que estuvieron en prisión preventiva o internación provisoria durante 6 meses o más, se observa un 1,2% a nivel País, equivalente a 517 causa-imputado”¹⁰²².

En el Informe Estadístico Anual del año 2014, se consigna que ingresaron 687.942 causa-imputado al sistema de justicia penal según las cifras publicadas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, 412.061 de las cuales intervino un defensor penal público o privado¹⁰²³. Aproximadamente un 83,1% (equivalente al número de 342.366) del total de casos ingresados, fueron atendidos por el servicio de la Defensoría Penal Pública¹⁰²⁴. Durante este período de medición, se contabilizaron 45.129 causa-imputado (13,0%) cuyas forma de término concluyeron en la inocencia o no condenados en todos sus delitos¹⁰²⁵. Dentro de este total nacional, “un 5,5% (2.462) le fue decretada como medida cautelar prisión preventiva o internación provisoria, siendo en un 34,4% de una duración

¹⁰¹⁶ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2011. Anexo Informe Estadístico año 2011. [en línea] <http://www.dpp.cl/repositorio/115/291/estadisticas_2011> [consulta 30 junio 2017]., p. 19. El informe muestra en la misma página, en el gráfico N° 28, las variaciones entre el año 2006 al año 2011, a saber: 2006-2007 (275-276); 2007-2008 (276-401); 2008-2009 (401-450); 2009-2010 (450-578). También explica la pequeña variación entre el año 2010 y 2011, el que según explica a pie de página, se modificó la forma de cálculo debido a que “este año [año 2010] se verificó si el imputado estuvo o no en prisión preventiva, considerando la fecha de ingreso del imputado y no la fecha de aplicación de la medida, por lo que la tasa de imputados en prisión preventiva (medida en términos) fue más baja en relación a los otros años”. *Ibid.* p. 19. El paréntesis en corchetes es nuestro.

¹⁰¹⁷ DUCE JULIO, M. 2015b. *op. cit.* p. 164.

¹⁰¹⁸ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2012. Anexo Informe Estadístico año 2012. [en línea] <http://www.dpp.cl/repositorio/138/347/estadisticas_2012> [consulta 30 junio 2017]., p. 23.

¹⁰¹⁹ La página web no cuenta con el informe anual de este año, sino que solo con informes semestrales. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2013. Anexo Informe Estadístico período cuatrimestral septiembre-diciembre año 2013. [en línea] <http://www.dpp.cl/repositorio/143/378/estadisticas_2013> [consulta 30 junio 2017].

¹⁰²⁰ Según el informe mencionado, “durante el 3er cuatrimestre del año 2013, ingresaron 111.409 causa-imputado al sistema de defensa de la institución”. *Ibid.* p. 15.

¹⁰²¹ *Ibid.* p. 109.

¹⁰²² *Ibid.* p. 109.

¹⁰²³ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. *op. cit.* p. 32.

¹⁰²⁴ *Ibid.* pp. 21, 32.

¹⁰²⁵ *Ibid.* p. 71.

de 0 a 15 días, un 48,5% de una duración de 16 días a 6 meses un 17,1% de una duración de 6 meses o más”¹⁰²⁶.

En el Informe Estadístico Anual del año 2015, “del total de causa-imputado terminadas en el período (354.141), existieron 47.279 causa-imputado identificadas como inocentes o no condenados, equivalentes al 13,4% del total de términos de 2015”¹⁰²⁷. Dentro de este ítem, un “5,6% (2.650 causa-imputado) le fue decretada como medida cautelar prisión preventiva o internación provisoria”^{1028 1029}.

En el Informe Estadístico Anual del año 2016, se entregan los siguientes antecedentes: “del total de causa-imputado terminadas en el período (338.328), existieron 47.358 causa-imputado identificadas como inocente o no condenados, equivalentes al 14,0% del total de términos del período enero a diciembre 2016”.¹⁰³⁰ Dentro de este ítem, “un 6,0% (2.854 causa-imputado) le fue decretada como medida cautelar prisión preventiva o internación provisoria”¹⁰³¹.

En el Informe Estadístico Anual del primer cuatrimestre (enero-abril) del presente año 2017, se registra lo siguiente: “del total de causa-imputado terminadas en el período (105.650), existieron 14.685 causa-imputado identificadas como inocente o no condenados, equivalentes al 13,9% del total de términos del período enero a abril 2017”¹⁰³². Dentro de este ítem, “un 6,4% (934 causa-imputado) le fue decretada como medida cautelar prisión preventiva o internación provisoria”¹⁰³³.

¹⁰²⁶ *Ibid.* p. 74.

¹⁰²⁷ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2015. *op. cit.* p. 80.

¹⁰²⁸ *Ibid.* p. 83. A renglón seguido, en la misma página del informe se agrega un elemento adicional que vale la pena destacar: “Al segmentar este conjunto, según la duración de la medida, se observa la siguiente distribución: 26,7% de una duración de 0 a 15 días, un 54,8% de una duración de 16 días a 6 meses y un 18,5% de una duración de 6 meses o más”.

¹⁰²⁹ El Informe I del Instituto Nacional de Derechos Humanos precitado en esta memoria, extrae otras cifras complementarias a la cuenta anual de la Defensoría Penal Pública del año 2015, señalando lo siguiente: “(...) según las cifras oficiales de la Defensoría: de las 347 mil 650 causas terminadas durante el año (2014), 45 mil 129 correspondieron a imputados que terminaron como inocentes o no condenados, lo que representó el 13 por ciento del total de términos. Preocupantemente, 2 mil 462 de esos imputados estuvieron en prisión preventiva o internación provisoria, lo que sostiene la preocupación de la institución por el uso exagerado de una medida que, a todas luces, se usa más de lo necesario, apareciendo incluso como pena anticipada en muchos casos”. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2016. *op. cit.* p. 36.

¹⁰³⁰ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2016. Anexo Informe Estadístico año 2016. *op. cit.* p. 100.

¹⁰³¹ *Ibid.* p. 103. A renglón seguido, en la misma página del informe se agrega un elemento adicional que vale la pena destacar: “Al segmentar este conjunto, según la duración de la medida, se observa la siguiente distribución: 27,2% de una duración de 0 a 15 días, un 52,7% de una duración de 16 días a 6 meses y un 20,0% de una duración de 6 meses o más”.

¹⁰³² DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2017. Anexo Informe Estadístico Enero-Abril 2017. [en línea] <<http://www.dpp.cl/repositorio/173/479>> [consulta 30 junio 2017]., p. 94.

¹⁰³³ *Ibid.* p. 97. A renglón seguido, en la misma página del informe se agrega un elemento adicional que vale la pena destacar: “Al segmentar este conjunto, según su duración de la medida, se observa la siguiente distribución: 30,1% de una duración de 0 a 15 días, un 50,6% de una duración de 16 días a 6 meses y un 19,3% de una duración de 6 meses o más”.

Por último, a modo complementario y también conclusivo, expondremos los números consignados en el “Anexo serie histórica 2006 a 2016” que consolida y sistematiza globalmente la información recién reseñada¹⁰³⁴:

La Tabla V N° 1 se titula: “causa-imputado terminada inocente o no condenado, año 2006 a 2016. Segmentado por región según decreto de prisión preventiva o internación provisoria”. En dicha tabla, se incluye el número y porcentaje de causa-imputado que terminaron vía sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo o decisión de no perseverar del fiscal, segmentándolas por región y medida de prisión preventiva o internación provisoria no aplicadas, aplicadas durante un período de 0 a 15 días, de 16 días a menos de 6 meses y de 6 meses hasta un tiempo indefinido. En lo que sigue, sólo reproduciremos la cifra total y porcentaje de las causas-imputado en prisión preventiva o internación provisoria de una duración entre 16 días a menos de 6 meses durante el período 2006-2016.

Tabla N° 11

Prisiones preventivas o internación provisoria con duración entre 16 días y 6 meses. Período consolidado 2006-2016

Años	2006	2007	2008	2009	2010
Medidas cautelares					
Total causa-imputado	21.687	23.155	24.541	28.806	29.442
N° de PP o IP	786	791	1.033	1.010	994
Porcentaje	3,6%	3,4%	4,2%	3,5%	3,4%

Años	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Medidas cautelares						
Total causa-imputado	35.171	39.366	43.085	45.283	47.439	47.358
N° de PP o IP	847	1.271	1.435	1.386	1.456	1.505

¹⁰³⁴ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2016. Anexo serie histórica 2006 a 2016. [en línea] <<http://www.dpp.cl/repositorio/170/466>> [consulta 30 junio 2017]. Las tablas diseñadas son confección nuestra sobre la base de los datos proporcionados por la página web señalada.

Porcentaje	2,4%	3,2%	3.3%	3,1%	3,1%	3,2%
-------------------	------	------	------	------	------	------

En conclusión, a la luz de los antecedentes disponibles, podemos concluir que las cifras han aumentado considerablemente entre el año 2006 y el año 2016. Si hacemos el mismo cálculo que hizo el profesor Duce durante el período 2008-2012 sobre el número de causas-imputado que estuvieron a la espera de la sentencia definitiva privados preventivamente de libertad y que posteriormente se confirmó su inocencia o no fueron condenados (debido a que la forma de término del caso fue mediante la sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo o decisión de no perseverar), y luego, proyectamos dicho cálculo a las cifras registradas durante el período 2013-2016, *podemos establecer un aumento de un 22,6% de este tipo de casos*. Si bien hacia los últimos años los números individualmente considerados permanecen más o menos estables, no dejan de ser cifras de una gran envergadura que merecen recibir una mayor atención y estudio.

Por otra parte, no deja de ser cierto que todavía la evidencia empírica sigue siendo exigua y muy restringida en sus alcances (al menos, en la recopilación de fuentes que nosotros hemos consultado), lo que deja subsistente un abanico importante de preguntas que no pueden ser respondidas en base a la información que actualmente mantenemos, o al menos, no pueden ser respondidas con la seguridad que requiere la relevancia del asunto, sobre todo si se desea no caer en la tentación de aventurarnos a extraer deducciones apresuradas. Tampoco podemos predecir con precisión el comportamiento futuro que tendrá el sistema de justicia penal en los años venideros. No obstante esto, lo que no podemos soslayar es que la realidad que se nos presenta revela una injusticia inquietante a la que no nos es posible permanecer indiferentes.

Es por lo antes señalado, que la misión que hoy en día tiene, a nuestro juicio, la comunidad jurídica, es abandonar cualquier actitud que sea complaciente con el funcionamiento del sistema y comenzar a trabajar enérgicamente en la indagación de las causas que provocan errores judiciales en la concesión de la prisión preventiva. Simultáneamente, debe intentar crear o perfeccionar algunos mecanismos profilácticos preexistentes, sin dejar de delinear nuevas soluciones sistémicas que sean idóneas (ya sean de carácter dogmático, legal o simplemente introduciendo ciertos cambios en las prácticas asentadas entre los distintos actores del modelo) para mitigar las fuentes de producción del error, o en su defecto, para distribuirlo de una manera más razonable en favor del imputado. No hay que perder de vista que esta labor es de largo aliento y que no tendrá trascendencia ni eficacia alguna si no logra, por un lado, transformar el escenario en que se desenvuelven las instituciones, y por el otro,

provocar un impacto real en las cifras oficiales que en un futuro pueda arrojar la práctica judicial chilena.

Este es el desafío que nos proponemos abordar en las secciones finales.

3.2. La prueba jurídica y su nexa con la verdad en el proceso

Cuando en el primer segmento de este tercer capítulo hablamos de la noción de error lo hicimos con la intención de situar en un lugar privilegiado del horizonte procesal el valor de la verdad. Cada vez que el medio jurídico y el sistema de administración de justicia conceden un espacio de participación relevante a cualquier hipótesis de error, significa que la consecución de la verdad como finalidad ulterior ha sido debilitada. Si existe error, es porque declaramos como verdadero algo que fácticamente es falso, o viceversa, cercenando la posibilidad cierta de averiguar qué es lo que realmente ocurrió en un espacio de incertidumbre. Ahora bien, una cosa es asumir que la posibilidad de cometer errores es ineludible (por mucho que los esfuerzos teóricos, normativos y prácticos estén dirigidos en la dirección contraria), y otra muy distinta es adoptar una actitud condescendiente que favorezca la pervivencia de las condiciones que facilitan la producción del error judicial.

Es precisamente porque rechazamos que el modelo procesal chileno legitime formalmente la producción del error sin más, es que nos proponemos abordar esta dificultad desde las finalidades que teóricamente debe perseguir el sistema procesal penal, específicamente, desde la aproximación teórica que nos ofrece la *concepción cognoscitiva* del proceso en la determinación y declaración probatoria de los enunciados fácticos. Sólo la pretensión de alcanzar decisiones que estén legitimadas por una motivación de los hechos que sea verdadera, podrá reducir paulatinamente el problema de la falibilidad judicial.

3.2.1. Concepción cognoscitiva del proceso

En el primer capítulo de esta memoria suscribimos el presupuesto teórico de que la finalidad del proceso no puede ser simplificado tan solo al objeto de dirimir una contienda jurídica entre hipótesis explicativas en competencia¹⁰³⁵, sino que también las expectativas institucionales que se tienen del mismo exige que se provean decisiones justas que promuevan la efectiva reconstrucción de

¹⁰³⁵ “En resumen, el problema de la verdad de los hechos es eludido en la medida en que la verdad es, de una forma u otra, excluida del conjunto de los objetivos que se atribuyen al proceso en general y al proceso civil en particular”. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 26.

la verdad. La averiguación de la verdad es el objetivo primordial que busca el proceso judicial - propósito que opera en cualquier campo de la experiencia científica- y constituye además un requisito *sine qua non* para la obtención de la justicia¹⁰³⁶. La concepción *cognoscitivista* del proceso judicial es un señero de esta noción, al subrayar la importancia que tiene para la determinación precisa de los hechos mediante la concreción del principio de estricta jurisdiccionalidad, el que requiere, por una parte, la *verificabilidad o refutabilidad* de las hipótesis fácticas (acusatoria o no acusatoria) sobre la base de la prueba jurídica, y por la otra, el reforzamiento del carácter *recognoscitivo* de las normas jurídicas¹⁰³⁷.

Por otra parte, hemos afirmado también que la justicia de una decisión no depende única y exclusivamente de la consecución de la verdad, sino que -contrariando a cierto sector de la doctrina jurídica y la filosofía del derecho¹⁰³⁸- está es solo una condición necesaria, pero en caso alguno suficiente. Una perspectiva que aborde el problema de la justicia de la decisión tampoco se satisface en plenitud desde la noción de la justicia procedimental, por mucho que algunas variables de esta perspectiva filosófica del derecho han sido aceptadas por muchos ordenamientos procesales, incluido el chileno. En capítulos anteriores hemos intentado mostrar cómo el cumplimiento estricto de las reglas del procedimiento puede dar lugar a decisiones *formalmente* razonadas, pero que al ser epistemológicamente falsas, están desprovistas de una justificación *sustantiva*¹⁰³⁹ (“una hipótesis sobre los hechos puede resultar probada, aun cuando sea falsa”¹⁰⁴⁰). Lo que nosotros afirmamos es que para alcanzar la justicia de la decisión jurisdiccional se requiere de una serie de otras condiciones materiales que no siempre se hallan en una determinada regulación procedimental¹⁰⁴¹. Para ser honestos, a veces es fácticamente imposible que la estructura de un proceso judicial pueda acoger todas y cada una de las exigencias que se requieren para alcanzar este propósito.

Para empezar considérese que nunca podremos tener la certeza absoluta de que una determinada proposición sobre los hechos sea completamente verdadera. Por otro lado, a modo de ejemplo, téngase en cuenta una exigencia imperativa sugerida por Taruffo, consistente en que se apliquen adecuadamente las normas jurídicas al caso concreto, la que sólo podrá verificarse si se observan copulativamente las siguientes condiciones:

¹⁰³⁶ TARUFFO, M. 2009b. Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos. En: OTEIZA, E. (coordinador). La prueba en el proceso judicial. 1ª edición, Santa Fe, Argentina. Editorial rubinza-culzoni. p. 33. En el mismo sentido Mirjan Damaska, citado por Coloma. COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 208.

¹⁰³⁷ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 36. En el mismo sentido, IBÁÑEZ, P. 2009. *op. cit.* p. 181; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* p. 6.

¹⁰³⁸ En nuestras fuentes bibliográficas consultadas, pueden encontrarse, por ejemplo, a Bentham, Laudan, Ferrer, entre otros.

¹⁰³⁹ Ferrer vuelve a repetir este argumento en FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 20.

¹⁰⁴⁰ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 38. O viceversa, una proposición sobre los hechos puede ser verdadera a pesar de no contar con elementos de juicio disponibles para su corroboración. *Ibid.* p. 39.

¹⁰⁴¹ TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* p. 174.

- “1) la norma se adecuada al caso y ha sido correctamente interpretada
- 2) los hechos que respaldan al caso han sido establecidos de manera adecuada”¹⁰⁴².

En este esquema metodológico, una decisión como la que atañe a la medida de prisión preventiva, podría satisfacer algunos criterios de justicia material cuando se aplican correctamente las reglas del derecho al supuesto de hecho condicionante previsto por la norma, la que no puede ser tenida por correcta si no se estableció verdaderamente la proposición fáctica sobre la cual la norma produce sus efectos. Sólo cuando se verifiquen las aserciones empíricas que se expresan en la letra a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, podremos inferir que las reglas que rigen las medidas cautelares personales fueron bien aplicadas. No obstante, la presencia de estos requisitos -por nombrar algunos- está lejos todavía de proveer decisiones cuya justificación racional sea materialmente suficiente.

Hemos examinado también cómo nuestro modelo procesal de referencia estuvo dispuesto a sacrificar, aunque sea parcialmente, el valor de la verdad en la medida que se asomaban otros elementos contra-epistemológicos igualmente valiosos que son dignos de tutela, tal como ocurre cuando se resguarda la esfera de la libertad personal de un imputado mediante la protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Esta toma de postura no significa en caso alguno renunciar a la idea matriz de la averiguación de la verdad de los fenómenos que ocurren en el mundo y el interés en su maximización. En efecto, éste sigue siendo el objetivo institucional al que debe aspirar cualquier diseño procesal que tenga pretensiones serias de justicia. A decir verdad, muy poca gente -juristas, operadores jurídicos, expertos o legos- estaría dispuesta a aceptar que una determina decisión judicial que esté sustentada en una verificación falsa de los enunciados probatorios pueda ser una decisión plausible¹⁰⁴³, o que la emisión de una providencia jurisdiccional se considere justa cuando se produce una violación flagrante de los derechos fundamentales del imputado.

No obstante lo dicho anteriormente, el axioma de la verdad no siempre fue un objetivo de ávido interés que fuera compartido por la unanimidad de la comunidad jurídica en el transcurso de los años. Taruffo denomina “*enemigos de la verdad*”¹⁰⁴⁴ a aquellos intelectuales que en el siglo pasado y

¹⁰⁴² *Ibíd.* p. 175. En la interpretación *cognoscitiva* del proceso, lo que Taruffo designa como “1” sería en Ferrajoli una *verdad fáctica* (acreditada mediante la prueba por el método inductivo). En cambio, lo que Taruffo designa como “2” sería en Ferrajoli una *verdad jurídica* (acreditada mediante la interpretación jurídica de la regla legal que califica a un hecho como delito sobre la base del método deductivo). FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 48. Chaia se sirve de la misma clasificación para determinar la verdad a partir de los métodos de inferencia. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 41.

¹⁰⁴³ TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 33.

¹⁰⁴⁴ *Ibíd.* p. 22. En su tantas veces citada “*La Prueba de los Hechos*”, Taruffo se explaya detalladamente sobre las razones de tipo teóricas, ideológicas y prácticas que aducen aquellos que niegan que en un proceso civil se pueda (o más bien, se deba) alcanzar una determinación verdadera de los hechos. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 27-48.

hasta el día de hoy, son exponentes de esta tendencia ideológica, la que es fruto de la evolución de divergentes campos del conocimiento, como la filosofía, el derecho¹⁰⁴⁵ o la cultura¹⁰⁴⁶. El argumento más poderoso para rechazar la posibilidad de descubrir la verdad al interior de un proceso judicial está fundado en que las reglas y el diseño normativo que compone la estructura de un sistema jurídico en general, y el proceso judicial en particular, impiden que se presente un escenario propicio para desentrañar la realidad de los acontecimientos. Alguna de estas reglas jurídicas, que en buena medida decantan en lo que se ha llamado la *especificidad de la prueba jurídica*¹⁰⁴⁷, limitan este propósito epistémico: “normas que excluyen la posibilidad de valerse de determinados tipos de pruebas, normas que prescriben procedimientos particulares para la adquisición de pruebas, normas que vinculan la valoración de las pruebas, y también normas que imponen poner fin al proceso y establecen -con la cosa juzgada- la inmutabilidad de sus resultados”¹⁰⁴⁸. Es decir, reglas como la exclusión de prueba que hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales (que es el ejemplo paradigmático en donde valores contra-epistémicos que disciplinan el ejercicio de la prueba, gozan de una mayor jerarquía que los puramente epistémicos)¹⁰⁴⁹, suprimen del proceso ciertas piezas de información con una apreciada calidad epistémica (la que es susceptible de ser graduada desde un nivel bajo o débil de calidad hasta un nivel alto o sólido de calidad), que en ausencia de norma (test de admisibilidad) y razones de distinta índole político-criminal, jurídicas¹⁰⁵⁰ o axiológicas¹⁰⁵¹, podrían haber ingresado al

¹⁰⁴⁵ El enfoque de estos autores puede ser considerado como uno de *relativismo escéptico*, toda vez que consideran que los regímenes probatorios instalados en algunos sistemas procesales no están creados para indagar la verdad, sino para evitar que esta se obtenga a cualquier precio. LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 267.

¹⁰⁴⁶ El autor menciona por ejemplo a Richard Rorty, quien afirma que “cualquier discurso en torno a la verdad no es otra cosa que un sinsentido”. TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 23. Por su parte, Serra Domínguez -citado por Ferrer- considera que “hay que abandonarse para siempre el concepto de verdad como fin de la prueba jurídica”. FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 35.

¹⁰⁴⁷ Para Taruffo, las reglas de exclusión probatoria son la manifestación más conspicua y consistente con el atributo de la especificidad: “La especificidad de la prueba jurídica debe buscarse, más bien, en el hecho de que existen normas en función de la cuales elementos de conocimiento que serían pruebas en otros contextos no lo son en el contexto del proceso”. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 348.

¹⁰⁴⁸ TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 24. En el mismo sentido, GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 128.

¹⁰⁴⁹ Conviene destacar que la exclusión de pruebas es solo un tipo de regla jurídica que el derecho aporta a la actividad probatoria general. Ferrer clasifica en tres tipos las reglas que actúan en la modulación de la prueba: “a) reglas sobre la actividad probatoria; b) reglas sobre los medios de prueba y c) reglas sobre el resultado probatorio”. La regla designada como “b” es la que se corresponde con la prescripción de exclusión de la prueba. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 35. Uno de los precursores más descollantes que se oponía radicalmente a reglas de exclusión probatoria es Bentham: “[e]n toda la trama de esta obra reaparece constantemente esta conclusión práctica: *No hay que excluir ninguna prueba, ningún testimonio por el sólo temor de ser engañado*”. FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 3.

¹⁰⁵⁰ Si el derecho a la prueba es, en la concepción de Ferrajoli, una garantía constitucional de orden primario, la exclusión de prueba es una de las garantías de orden secundario que tutela las garantías de orden primario. LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 284.

¹⁰⁵¹ Por ejemplo, Juan Carlos Bayón, explica que algunas razones justificatorias de la introducción de esta clase de reglas son, para sorpresa de algunos, de orden epistemológico. Se piensa que con ellas, se podría a largo plazo reducir el número total de errores del que se podría tener si las mismas no existieran. GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 99.

proceso, y por lo tanto, al conocimiento y evaluación de los jueces adjudicadores¹⁰⁵². Nótese que esta clase de razones implícitamente muestran una disposición a favorecer absoluciones falsas¹⁰⁵³.

Este escenario ha instado a los suscriptores del valor *verdad* ínsito en el proceso, otorgarle un mayor nivel de resguardo en desmedro de los intereses contra-epistémicos que pudieren estar presentes, propugnando, por ejemplo, la defensa de un razonamiento probatorio que esté sustentado en criterios de epistemología general que reconozcan como único filtro aceptable el *principio general de inclusión*¹⁰⁵⁴ (denominado por otros filósofos de la ciencia como criterio de relevancia¹⁰⁵⁵), el cual ordena admitir toda prueba que entregue información relevante sobre los hechos controvertidos para corroborar o refutar una determina hipótesis¹⁰⁵⁶. Del mismo modo, y con una interesante perspectiva teórica que veremos en seguida, se ha sugerido abandonar la relación *conceptual* entre prueba y verdad, y adoptar una relación *teleológica* que haga compatible situaciones como, por ejemplo, declarar verdadero un enunciado que contiene a “X” porque está probado, y que contemporáneamente, el contenido del enunciado, vale decir, “X”, sea falso¹⁰⁵⁷.

Por otro lado, para aquellos que adhieren a una concepción de la *verdad formal* reconocen la existencia de ciertos límites procesales infranqueables que obstaculizan la reconstrucción empírica de la misma, elemento que sería compartido por el campo de la experimentación científica. Un ejemplo de ello, distinto al de la exclusión de prueba, es el que afirma Ferrajoli: “Ante todo, ha de ponerse de relieve que la verdad procesal, sea de hecho o de derecho, no puede ser afirmada conforme a observaciones directas. La verdad procesal fáctica es en realidad un tipo particular de verdad *histórica*,

¹⁰⁵² Twining, citado por Ferrer y con quien comparte su apreciación, es de la opinión de que no hay que exagerar en cuanto a la creencia de que ciertas reglas jurídicas inciden de manera gravitante sobre su capacidad para obstaculizar el conocimiento de los hechos y establecer la verdad en el proceso judicial. FERRER, J. 2002. *op. cit.* pp. 46-47; FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 28.

¹⁰⁵³ VALENZUELA, J. 2015. *op. cit.* p. 135.

¹⁰⁵⁴ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 42. Sin titularlo de esta manera, una primera alusión a este principio estaba contenido ya en su obra anterior. FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 29. Sobre el mismo, Taruffo explica dilatadamente que el criterio de relevancia de la prueba es un criterio *lógico*, en cambio, el de la admisibilidad de la prueba es un criterio *jurídico*. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 364.

¹⁰⁵⁵ Laudan explica que en los tribunales estadounidenses utilizan este criterio para evaluar cuando una prueba, siendo creíble, apoya el grado de probabilidad de una determinada hipótesis fáctica. También crítica cuando al criterio de la relevancia se confronta con el test o requisito de la admisibilidad de tinte jurídico. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* pp. 44-46.

¹⁰⁵⁶ En este principio se inspiran las *Federal Rules of Evidence* del derecho norteamericano, específicamente la regla 402 que reza de la siguiente manera: “General Admissibility of Relevant Evidence. Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: i) the United States Constitution; ii) a federal statute; iii) these rules; or; iv) other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible”. CORNELL LAW SCHOOL. 2017. LEGAL INFORMATION INSTITUTE. [en línea]. <https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_402> [consulta: 10 octubre 2017]. Luego, el juez norteamericano puede excluir prueba por las siguientes razones: “1) irrelevante, 2) relevante pero considerada inconveniente por el legislador por ser indebidamente prejudicial, 3) relevante pero excluida por el juez como indebidamente prejudicial, 4) relevante pero excluida por el legislador como no confiable, y) 5) relevante pero considerada inconveniente por el legislador por razones de política legislativa”. MÉNDEZ LONGORIA, M. A. 2007. *op. cit.* p. 147.

¹⁰⁵⁷ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 77.

relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados, no directamente accesibles como tales a la experiencia”¹⁰⁵⁸.

Este argumento que se despliega desde el escepticismo puede ser complementado con aquellas tesis que visualizan al proceso como un espacio pragmático destinado únicamente a poner término a los conflictos de relevancia jurídica *inter partes*¹⁰⁵⁹ (sobre todo si se trata del proceso civil, cuya naturaleza jurídica, estructura y finalidades es visto como un resorte de los particulares destinado a resolver privadamente sus desavenencias jurídicas¹⁰⁶⁰), por lo que en principio, le es indiferente el mérito o calidad epistémica (propiedad que se le atribuyen a ciertos datos de información¹⁰⁶¹) que ofrezca la solución que entrega el juez y el proceso en su conjunto¹⁰⁶². Esta razón justificatoria ha sido incluso aducida tímidamente por un sector de la literatura especializada para el contexto del proceso penal¹⁰⁶³.

Como podemos apreciar, la pregunta sobre los fines que debe perseguir una determinada actividad de la experiencia, debe ser respondida siempre en atención al *contexto* institucional en el cual se enmarca su esfera de actuación. El contexto específico que a nosotros nos interesa evaluar la verdad o falsedad de los enunciados fácticos, es el del proceso. En este particular ámbito convergen un conjunto de reglas substantivas que actúan una vez que se ha comprobado la verdad de una determinada proposición fáctica, el que por lo demás posee un conjunto de peculiaridades que no se encuentran en otros contextos no-jurídicos. Primero, porque como dijimos, en el proceso va envuelto

¹⁰⁵⁸ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 52.

¹⁰⁵⁹ La estructura del *adversarial system* norteamericano es un buen ejemplo -en la versión de Taruffo- para explicar por qué cualquier finalidad epistémica contrarresta la eficacia del proceso como mecanismo dirigido a dirimir los conflictos jurisdiccionales. TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 26. Desde la visión sostenida por Rafael Hernández Marín, si restringimos las funciones de un juez a juzgar y dictar una decisión que formalmente sea conforme a derecho, no sería necesario para este cometido la búsqueda de la verdad (para él, extraprocésal). En cambio, si la búsqueda de aquella es condición necesaria para que el juez pueda aplicar el derecho sustancial y emitir una decisión, no puede abstenerse de su hallazgo. En este sentido, “el hecho de que el juez no halle la verdad sólo conlleva que el juez incumpla la obligación de decir el Derecho material, pero no afecta al cumplimiento del resto de sus obligaciones básicas”. HERNÁNDEZ MARÍN, R. 2014. *op. cit.* p. 31. Es por ello que discrepa con la tesis comúnmente aceptada de que el juez y el científico, ambos, puedan y deban, buscar la verdad. Para un mayor desarrollo de la idea, véase *Ibid.* pp. 18-19.

¹⁰⁶⁰ “(...) es la idea de que el proceso civil es ‘cosa de las partes’ y como tal está orientado exclusivamente a la resolución de la controversia entre sujetos privado, y no a la determinación de la verdad”. TARUFFO, M. 2005. *op. cit.* p. 118.

¹⁰⁶¹ COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. *op. cit.* p. 306. Esta tesis suele estar asociada cuando se examina el proceso civil, toda vez que sus numerosas proscripciones y limitaciones infranqueables hace que la sentencia civil no tenga un compromiso fuerte con la verdad. En este sentido, TAVOLARI, R. 2009. El nivel de convicción del juez civil y penal. En: OTEIZA, E. (coordinador). La prueba en el proceso judicial. 1ª edición, Santa Fe, Argentina. Editorial rubinza-culzoni., p. 303.

¹⁰⁶² Rodrigo Coloma explica por qué, por ejemplo, al atribuir un valor relativo a la información que entrega la declaración de un testigo en un juicio, es preferible hablar de *calidad* epistémica y no de *confiabilidad* del testimonio: “Hemos preferido utilizar el concepto de calidad epistémica antes que el de confiabilidad, ya que lo que en rigor se busca establecer es si lo que el testigo dice cuenta o no con el mérito suficiente como para servir de fundamento a una representación del mundo que pudiera llegar a ser compartida en el contexto de un proceso judicial”. COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. *op. cit.* p. 305.

¹⁰⁶³ Es lo que desliza Taruffo cuando analiza las diversas modificaciones legales que ha tenido el proceso penal italiano a lo largo de su historia: “El proceso penal parece más bien dirigido a la implementación del principio de contradicción entre las partes y, principalmente, al pleno desarrollo de la defensa del imputado, mientras que la determinación de la verdad sobre los hechos parece ser una mera eventualidad que, por sí sola, no es considerada como particularmente relevante”. TARUFFO, M. 2005. *op. cit.* p. 117.

una pluralidad de reglas adjetivas cuyo contenido atributivo no siempre está ligado con el descubrimiento de la verdad. Segundo, porque a éste espacio de actuación ingresan determinadas aserciones fácticas (principales o secundarias) que aparecen en virtud de la relevancia jurídica y lógica que las normas jurídicas le asignan a los mismos¹⁰⁶⁴. En tercer lugar, desde la teoría *narrativa del proceso*, los enunciados fácticos que se encuentran en conflicto no son singulares, sino plurales, variados y lingüísticamente complejos (tantos como expongan cada uno de los agentes del sistema procesal), sobre los cuales el juez deberá seleccionar como verdadera sólo una de las hipótesis fácticas, a partir de la evidencia disponible suministrada¹⁰⁶⁵. En cuarto lugar, desde la perspectiva más tradicional de la dogmática procesal, la prueba jurídica guarda distancia con la prueba que se produce en el ámbito de las ciencias (más adelante veremos que esto no es tan así), porque es un instrumento para averiguar una verdad *aproximada* en razón de la incompleta información con la que se cuenta y porque el devenir de la actividad probatoria está subordinada a la observancia de un cúmulo de reglas jurídicas distintas a las reglas que rigen a la epistemología general¹⁰⁶⁶. En quinto lugar, la justificación probatoria que se tome sobre la decisión de la proposición fáctica en torno a los hechos es siempre *relativa* a un conjunto de elementos de juicio disponibles¹⁰⁶⁷. En sexto lugar, el proceso judicial presenta algunas otras limitaciones que no se dan en el ámbito de las ciencias (v.gr., la cosa juzgada¹⁰⁶⁸). En séptimo, y último término, no hay que olvidar que la finalidad ulterior de todo proceso judicial es hacer efectiva la misión autoproclamada por el derecho, cual es regular el comportamiento de las personas destinatarias de las normas jurídicas. Otras especificidades en relación con la prueba en particular se verán más adelante.

Con todo, a pesar de las dificultades sistémicas, objeciones teóricas y reparos metodológicos que se presentan, la doctrina procesal predominante sigue considerando que la verdad, por su valor moral, político, epistemológico y jurídico¹⁰⁶⁹, es por definición conceptual, el objetivo prístino y prioritario al que atienden gran parte de los sistemas procesales del *civil law* y del *common law*¹⁰⁷⁰. Si

¹⁰⁶⁴ TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* pp. 170-171. Los hechos que son lógicamente relevantes no producen consecuencias jurídicas, “pero de ellos se extraen inferencias lógicas que pueden producir consecuencias respecto a la verdad o falsedad de los enunciados relacionados con hechos jurídicamente relevantes”. *Ibid.* p. 170. Los hechos de relevancia jurídica son analizados más adelante.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.* p. 172.

¹⁰⁶⁶ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 23-24. Luego se explicará porqué estas razones comúnmente aceptadas pueden ser objeto de disputa desde un enfoque teórico moderno que sugiera aplicar criterios de epistemología general a la prueba judicial.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.* p. 42.

¹⁰⁶⁸ FERRER, J. 2002. *op. cit.* pp. 63-64.

¹⁰⁶⁹ TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* pp. 31-32; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p.168. Sobre un consenso de la verdad como fin esencial del proceso, véase además de los autores ya citados, CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 37; GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 51 (este último considera, en todo caso, que no puede exagerarse en que la finalidad de todo el derecho probatorio sea únicamente la búsqueda de la verdad).

¹⁰⁷⁰ Twining identifica en este último sistema, una contradicción patente entre quienes afirman que la función de la prueba es determinar la verdad de los hechos, y luego, niegan que la función del proceso tenga alguna relación con la verdad. Si se quiere ser coherente, la contradicción ha de ser superada en favor de la verdad. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 26-27.

inclusive en el ámbito de las ciencias no siempre se obtiene una verdad absoluta a pesar de los rigurosos métodos empleados para hallarla, no por eso vamos a escindirnos de ella afirmando que es imposible acceder en el proceso judicial a cualquier tipo de determinación de los hechos que esté fundada en la verdad¹⁰⁷¹. De hecho, ni siquiera la regulación jurídica a la que se somete la prueba -sea en contextos de prueba legal o de libre valoración- tiene un alcance tan amplio e incide de manera tan gravitante como para derribar totalmente la aspiración teleológica de su descubrimiento¹⁰⁷².

Luego, si extrapolamos esta conclusión al proceso penal en particular, diríamos entonces que la finalidad de este particular tipo de proceso es la de comprobar el fundamento epistémico de la pretensión punitiva del Estado¹⁰⁷³, es decir, comprobar los presupuestos de la aplicación de la pena a través del establecimiento de la *verdad del delito* y la *participación* atribuida al *verdadero* culpable. En la tesis de Coloma, el fundamento de la actividad probatoria desplegada en el proceso penal es la de “asegurar que las penas distribuidas por los jueces recaigan sobre aquellas personas que pudieren ser vinculadas de manera fuerte con un tipo penal”¹⁰⁷⁴. La única manera de asegurar esta justa distribución de las penas es que su irrogación recaiga en quienes efectivamente infringieron las normas de conducta jurídico-penal conforme a la representación del mundo que se espera obtener de las probanzas allegadas al juicio y que serán validadas sobre la base de la justificación empírica de las resoluciones judiciales¹⁰⁷⁵. Jordi Ferrer, compartiendo este presupuesto dogmático, lo sintetiza con el siguiente ejemplo: “El derecho sólo podrá influir en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho”¹⁰⁷⁶.

Estos dos enunciados fácticos -(i) hecho punible y (ii) participación- son relevantes jurídica y lógicamente sólo si son verdaderos¹⁰⁷⁷. En efecto, solo probando la verdad de la proposición fáctica sugerida es que se pueden producir las consecuencias jurídicas previstas por las normas¹⁰⁷⁸. La formulación de la hipótesis acusatoria propuesta por la parte acusadora cobra asidero en la medida que construimos categorías de enunciados selectivos a los cuales el medio jurídico les atribuye un determinado efecto. Si la proposición fáctica que pretende someter a prueba el ente persecutor es la culpabilidad del acusado de un determinado delito, sólo se podrán adscribir las consecuencias jurídicas

¹⁰⁷¹ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 34.

¹⁰⁷² *Ibid.* pp. 44-45.

¹⁰⁷³ MANZINI, V. 1952. *op. cit.* p. 252; FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 37.

¹⁰⁷⁴ COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. *op. cit.* p. 307. Coloma refuerza este argumento en COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 208.

¹⁰⁷⁵ En el mismo sentido, además de los autores apuntados, véase IBÁÑEZ, P. 2009. *op. cit.* p. 31.

¹⁰⁷⁶ FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 101.

¹⁰⁷⁷ TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* pp. 166-167.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.* p. 164.

previstas por las normas en la medida que la evidencia disponible pruebe la verdad de la proposición referida a los hechos. Aunque no lo dice explícitamente Taruffo, una reinterpretación de su pensamiento permitiría postular el hecho de que si se acredita como verdadera la hipótesis contraria, es decir, la falsedad de la proposición fáctica alegada, también se producen consecuencias jurídicas inaceptables e indeseadas para el medio jurídico como podría acontecer con la declaración de la culpabilidad del inocente o la absolución del culpable.

En conclusión, el significado de verdad o falsedad que le atribuyamos a una determinada aserción fáctica sobre los hechos está sujeta al contexto procesal en el que se encuentra inserto. El problema epistemológico siguiente es definir qué entendemos por verdad o cuál de sus diferentes formatos es la que se circunscribe a su contexto: ¿procesal o material?, ¿absoluta o relativa? Esto es lo que procederemos a examinar a continuación.

3.2.1.1. Verdad formal y verdad material como una distinción falaz

Para abordar sintéticamente y de modo eficiente una discusión que lleva siglos de subsistencia, vamos a iniciar con la conclusión de la misma. Las dicotomías precedentes llevan a una discusión anquilosada que la mayoría de la doctrina procesal termina por rechazar, por estar contenidas en un sustrato falaz. La verdad es *relativa, aproximada, contextual*, dependiente de la *cantidad y calidad de información* que ingrese al proceso¹⁰⁷⁹ y las expectativas institucionales en torno a ella son obtener una *correspondencia* con la realidad que acontece en el mundo físico, o en su defecto, que no se aparte extremadamente de éste. Para entender el fundamento de las dicotomías presentadas hay que recabar antes algunos antecedentes que se encuentran en su origen.

Los expertos procesales asumieron un supuesto incontrarrestable: el proceso puede declarar probados enunciados sobre los hechos que son falsos, o la inversa, es posible que proposiciones fácticas sobre los hechos sean verdaderas pero que no resulten probadas¹⁰⁸⁰. Para avanzar en torno a esta incongruencia -que como veremos en seguida, no significa renunciar al propósito de producir decisiones racionales- se debía reflexionar en torno a algunas instituciones procesales, sobre todo, respecto a aquella que discurre acerca de la relación entre la prueba y la verdad: “o bien se abandona la definición de la prueba en términos de verdad, esto es, la relación conceptual entre ambas nociones, o bien se sostiene que en los casos en los que se declara probado un enunciado acerca de los hechos que

¹⁰⁷⁹ TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 34.

¹⁰⁸⁰ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 81.

resulta falso, en realidad, no está probado”¹⁰⁸¹. Una relación *conceptual* entre prueba y verdad establece que para que una proposición esté probada, debe necesariamente tratarse de una proposición que sea verdadera, ya que la verdad es un requisito *sine qua non* de la misma¹⁰⁸². Una relación *teleológica* entre prueba y verdad -que nosotros no caracterizaríamos como opuesta a la anterior, sino más bien divergente por una cuestión de grado- “no adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera el objetivo último de la actividad probatoria”¹⁰⁸³. Es decir, aquí lo que interesa -sigue Ferrer- es alcanzar “el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertiría en premisa el razonamiento decisorio”¹⁰⁸⁴. Esta encrucijada condicionó a los sistemas procesales a tomar partido por una de estas relaciones, sin embargo, la doctrina procesal predominante europea de finales del siglo XIX optó por soslayar la dicotomía, enrarecerla y confundirla por la vía de la construcción de dos concepciones dogmáticamente antagónicas de la verdad a las cuales el proceso debía hacer frente: aquella que nace de la constatación de que las proposiciones fácticas que se declaraban probadas en el proceso judicial (*verdad formal*) no se correspondían con los hechos que realmente acontecían (*verdad material*¹⁰⁸⁵).

La *verdad material* -conocida también como “real”, “sustancial”, “objetiva”¹⁰⁸⁶, “histórica” o “empírica”¹⁰⁸⁷- es la que se encuentra fuera del proceso¹⁰⁸⁸. Corresponde a la tesis que sostiene que se puede establecer que un hecho ocurrió siempre que éste represente la realidad que acontece en el mundo físico exterior, es decir, en un campo de acción distinto al del proceso, y por lo tanto, con los medios, instrumentos y elementos probatorios diferentes a los que se utilizan en la ciencia del derecho¹⁰⁸⁹. Si declaramos plausible esta concepción y la llevamos al entramado de cuestiones que se discuten en el centro de un proceso penal, deberíamos afirmar que su objetivo reside en averiguar dentro de los contornos de la realidad material, cuál es el hecho que *realmente* se cometió (qué es lo que pasó¹⁰⁹⁰) e identificar quien *efectivamente* lo perpetró (quien lo realizó¹⁰⁹¹). Luego, en la visión de

¹⁰⁸¹ *Ibid.* p. 68.

¹⁰⁸² Esta podría ser la concepción clásica defendida por autores como Bentham, que según estima Ferrer, “se puede decir que hoy está en decadencia”. *Ibid.* pp. 61-62.

¹⁰⁸³ *Ibid.* p. 62.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.* p. 62. Cabe advertir que Ferrer, al inicio de la presentación de esta discusión, explica que existe un “elenco” de teorías que abordan esta vinculación, sólo que el enuncia una de estas categorías que considera mas recurrente. *Ibid.* p. 61.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.* p. 82.

¹⁰⁸⁶ Las primeras tres designaciones son enunciadas por Ferrer. *Ibid.* p. 69.

¹⁰⁸⁷ Las últimas dos designaciones son enunciada por Taruffo. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 24.

¹⁰⁸⁸ Taruffo explica cómo en los países socialistas tuvo particular cabida esta forma de concebir la verdad, derivada del materialismo dialéctico y de la epistemología de Lenin. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 58. Por su parte, Alfredo Etcheberry explica que en materia probatoria, la ley procesal alemana busca la adquisición de la verdad material. ETCHEBERRY O., A. 2008. Consideraciones sobre el criterio de condena en el código procesal penal. En: RODRÍGUEZ COLLAO, L (coordinador). Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 6.

¹⁰⁸⁹ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 24.

¹⁰⁹⁰ No decimos “delito” o “hecho punible” porque calificar jurídicamente el hecho es una esfera que quedaría fuera de la determinación pura de lo que ocurrió.

Rafael Hernández Marín, “un enunciado probatorio es conforme con la verdad extraprocesal cuando el enunciado probatorio es conforme con el valor de verdad del enunciado encapsulado en él”¹⁰⁹².

Ferrajoli inscribe a la verdad material en un modelo *decisionista* del proceso penal (no cognoscitivo, con un juicio potestativo, autoritario, no garantista, de un sustancialismo extralegal, de despotismo penal y de mera jurisdiccionalidad), propio de la cultura inquisitiva y medieval, en donde lo que prevalecía era la búsqueda del juez omnipotente de una verdad absoluta, sin control jurisdiccional, con ausencia extrema de límites en el diseño de los procedimientos orientados a su determinación¹⁰⁹³. Esto se llevó al límite de legitimar formalmente mecanismos como la tortura, de la cual -a pesar de estar disciplinada la manera en que se llevan a cabo los apremios ilegítimos en contra del acusado que estaba obligado a colaborar- se adquiere información de dudosa calidad epistémica¹⁰⁹⁴ y en la cual la garantía del contradictorio era inexistente¹⁰⁹⁵.

La *verdad formal*¹⁰⁹⁶ -conocida también como “procesal”, “judicial”, “forense”¹⁰⁹⁷ - es aquella que fluye de los elementos judiciales y procedimientos probatorios que instaura el mismo proceso. Este tipo de verdad, dice Ferrer, “puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquélla la que gozaría de autoridad jurídica”^{1098 1099}, toda vez que es pronunciada por la fuerza y autoridad de un órgano jurisdiccional. Por ello, el sentido de establecer enunciados que sean formalmente verdaderos es posibilitar la construcción de discursos judiciales - “internamente coherente”¹¹⁰⁰ - que se sostengan en la observancia de las reglas del derecho, con cierta independencia de los criterios que se emplean cuando se quiere determinar un evento que ocurre en el mundo físico¹¹⁰¹. Carnelutti, evidenciando las restricciones que se imponen a la adquisición de una verdad material (al margen de que el proceso en el que se encuadre esté dominado por un sistema de

¹⁰⁹¹ COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. *op. cit.* p. 312.

¹⁰⁹² HERNÁNDEZ MARÍN, R. 2014. *op. cit.* p. 18. El mismo autor diseña el siguiente ejemplo para su comprensión: “Si el enunciando ‘Isabel golpeó a Pedro’, encapsulado en el enunciado probatorio positivo ‘está probado que Isabel golpeó a Pedro’, es verdadero, entonces este enunciado probatorio es conforme con la verdad extraprocesal”. *Ibid.* p. 19.

¹⁰⁹³ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 44. En el mismo sentido, TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* pp. 306-307; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* pp. 89-90.

¹⁰⁹⁴ IBÁÑEZ, P. 2009. *op. cit.* p. 184.

¹⁰⁹⁵ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 610.

¹⁰⁹⁶ Defendida por autores como Perfecto Andrés Ibáñez, por considerarla funcional a la *probabilidad inductiva* y a la presunción de inocencia sobre las cuales se asienta la dimensión epistémica del proceso. IBÁÑEZ, P. 2009. *op. cit.* p. 186.

¹⁰⁹⁷ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 69.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.* p. 69.

¹⁰⁹⁹ Daniel González Lagier, relacionando esto con la presunción de inocencia, considera que la verdad procesal (del proceso penal) si no se conecta con la verdad material, vulnera la presunción de inocencia. GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 93.

¹¹⁰⁰ COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. *op. cit.* pp. Página 312-313.

¹¹⁰¹ Otra diferencia entre verdad formal y material en el discurso de Coloma es el siguiente: “Para la primera postura la actividad probatoria y motivación de las sentencias tendría un valor eminentemente instrumental (para fines de descubrir lo que sucedió); para la segunda, en cambio, aquéllas tendrían un valor intrínseco (por el sólo hecho de seguir las reglas se puede disponer de una historia que legitima la aplicación de la pena)”. *Ibid.* p. 313.

tasación de la prueba o uno de apreciación libre de la prueba), lo hacen deducir que la prueba jurídica y, concretamente, los jueces, sólo puedan establecer a través de ella una “fijación formal de los hechos”^{1102 1103}, la que podría acercarse a la variante de la verdad formal.

Ferrajoli inscribe a la verdad formal en un modelo *cognoscitivo* del proceso penal (de estricta jurisdiccionalidad, protector de garantías procesales y penales, de verificación -por modus ponens- y refutación -por modus tollens- de las hipótesis fácticas en disputa sobre la base del ejercicio probatorio y el debate previo, no autoritario, matizado por un convencionalismo legal, de derecho penal mínimo y controlable racionalmente), propio de una cultura acusatoria y moderna, que propicia la reconstrucción de una verdad relativa y aproximada, controlada por las partes por una serie de mecanismos de impugnación legal y enmarcada en una serie de principios y reglas procesales (contradicción, publicidad, derecho a defensa, intermediación) que resguardan los derechos y garantías del acusado (v.gr. presunción de inocencia¹¹⁰⁴).

Con la clasificación recién propuesta se ha familiarizado tradicionalmente a la verdad material con un tipo de verdad *absoluta* y a la verdad formal con un tipo de verdad *relativa*¹¹⁰⁵ (incluso algunos llevan al límite esta asociación situando a la verdad material en un compartimento estanco en sede penal y a la verdad procesal en un compartimento estanco en sede civil¹¹⁰⁶). El rechazo a esta

¹¹⁰² “La verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede ser *conocida en todo caso* (...): *no se trata ya de una búsqueda de la verdad material sino de un proceso de fijación formal de los hechos*”. FERRER, J. 2007. *op. cit.* pp. 24-25. La conclusión extraída por Carnelutti fue obtenida de FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 35. En el mismo sentido, TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 302. Si uno se detiene a analizar la frase de Carnelutti, podríamos concluir que en estricto rigor, cuando se fijan formalmente los hechos no se dice nada en cuanto a que los mismos estén comprobados (o no), por lo que malamente podrían decirse que son verdaderos.

¹¹⁰³ Otra manera de plantear la distinción entre ambas verdades es la que sugiere Ferrer, a quien pasamos a reproducir íntegramente: “Así, puede decirse que el objetivo (o uno de los objetivos) de cualquier tipo de proceso judicial es la determinación de los hechos de acuerdo a la verdad material, esto es, que los enunciados fácticos incorporados al razonamiento de la decisión judicial se correspondan con el mundo. Por su parte, puede denominarse verdad formal a la declaración judicial de hechos probados. Puede añadirse también que es importante que esta verdad formal coincida con la material, aun reconociendo que ello no siempre es así. La divergencia entre los dos tipos de verdades, o entre lo que ha ocurrido en el mundo y lo que se declara en el proceso puede deberse a cualquiera de las limitaciones procesales que han sido expuestas (...). De este modo, si se mantiene que el objetivo del proceso es la determinación de los hechos de acuerdo con la verdad material, no se produce el problema de la infalibilidad ni se cae en una versión constitutiva de la declaración de hechos probados: podrá decir siempre que aquello que es verdadero formalmente (que ha sido declarado verdadero en el proceso) no se corresponde, como debería, con la verdad material”. FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 74.

¹¹⁰⁴ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* pp. 45, 611. En el mismo sentido, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* pp. 89-90.

¹¹⁰⁵ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 24.

¹¹⁰⁶ Esto es lo que crítica asiduamente Chaia (CHAIA, R. 2010. *op. cit.* pp. 45-46) y que expone claramente Ferrer (FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 70). También Tavolari alude a esta división histórica de asociar la verdad formal con el proceso civil. TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 302. Uno podría tender a pensar que aquellos que promueven esta asimetría es porque conectan automáticamente al proceso civil con un sistema de prueba legal o tasada y al proceso penal con un sistema de apreciación libre (racional) de la prueba. Nada más lejos de la realidad. Es perfectamente posible hipotetizar tanto sistemas de justicia civil que prioricen las reglas de la sana crítica como sistemas de justicia penal donde sea el legislador el que preterdetermine *ex ante* el peso y eficacia probatoria que tendrán determinados medios de prueba. Sin ir más lejos, el proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil chileno impulsado por el Mensaje N° 004-360 consagra en materia probatoria de juicio ordinario un sistema de sana crítica. A contrario sensu, en Chile rigió durante un siglo entero un Código de Procedimiento Penal en el cual imperaba el sistema de prueba legal o tasada. Por lo tanto, la indagación de la verdad se ve condicionada no

interrelación de concepciones ha llevado a reflexionar y a determinar a un fuerte sector doctrinal, que la perspectiva de reconstruir la asunción de una verdad absoluta, aún para la teoría de la ciencia moderna (salvo para la metafísica¹¹⁰⁷ o las ciencias formales como la matemática y la lógica¹¹⁰⁸), reproduce un ideal inalcanzable e inaccesible¹¹⁰⁹, independiente de la clase de proceso judicial en el cual se ventile su indagación. Y lo es por las reiteradas razones que hemos venido justificando en torno al cúmulo de reglas jurídicas que edifican la arquitectura del proceso, sumado a la falibilidad del conocimiento humano, lo que hacen imposible la consecución de una certeza absoluta (sin margen de error), definitiva y segura de los hechos¹¹¹⁰. Por otro lado, reconocer este conjunto de reglas probatorias dispuestas por el derecho puede condicionar los modos de búsqueda de la verdad, pero -como el mismo Taruffo afirma- “esto no implica que determinen el descubrimiento de una verdad *diferente* [y por tanto, procesal] de la que se podría descubrir fuera del proceso”¹¹¹¹.

Adicionalmente, la *certeza* no es sino otra manera de afirmar que es legítimo que se decida sobre la base de la convicción subjetiva del tribunal, el que como veremos más adelante, tiene el problema de ser inaccesible, irracional e incontrolable externamente, elementos todos que conducen irremediamente a la arbitrariedad judicial. En último término, la ventaja que puede entregar la imposibilidad de acceder a verdades absolutas -en cualquier campo de la experiencia- es que cumple con ser una referencia ilustrativa que nos muestra el límite teórico al cual está sujeto el conocimiento humano¹¹¹².

En el discurso científico dominante se presentan las mismas peculiaridades, en el sentido de que las hipótesis que son sometidas a un test de experimentación empírica de ensayo y error, son siempre *relativas* al estado de conocimientos disponibles y a un saber consolidado que es debidamente

por la materia, contenido u objeto de investigación que se pretenda, sino por la preferencia contingente de reglas que se diseñen, cualquiera sea la modalidad del procedimiento de adquisición de la verdad.

¹¹⁰⁷ TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 28.

¹¹⁰⁸ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 94.

¹¹⁰⁹ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 50. Popper llama “absolutista desilusionado” a los intelectuales que enarbolando la utopía de la verdad absoluta, se dan cuenta que su adquisición deviene en imposible, y terminan por relativizar la noción de verdad. TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 27. Por otro lado, no deja de llamar la atención que incluso el propio Mensaje del antiguo Código de Procedimiento Penal lo tuviera tan claro: “La ciencia ha manifestado con demostraciones incontrastables que no pueden establecerse reglas fijas de apreciación para deducir con absoluta evidencia la existencia de un hecho”. ETCHEBERRY O., A. 2008. *op. cit.* p. 4.

¹¹¹⁰ “En realidad, podría decirse que el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, (...) incluso si las verdades absolutas fueran posibles en abstracto (...), no importaría a los efectos de lo que es necesario conocer en el proceso”. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 117. Desde otro punto de vista, Massini arguye que el objeto de estudio del derecho, en tanto fenómeno jurídico, es de carácter contingente, de modo tal que no puede pretender obtener certezas absolutas, sino solo obtener un conocimiento probable o emitir juicios de probabilidad. MASSINI, C. I. 1980. *op. cit.* pp. 76-77.

¹¹¹¹ “Pero este déficit no implica que exista una verdad *procesal*: sólo implica que en un proceso en que rigen normas que limitan la posibilidad de utilizar todas las pruebas relevantes se determina sólo una verdad limitada e incompleta, o -en los casos más graves- no se determinada ninguna verdad”. GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 54.

¹¹¹² TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 180.

compartido por la unanimidad -o la gran mayoría- de la comunidad científica, las que están lejos de comprobar una determinada teoría con un grado pleno de certeza. Parafraseando a Popper en la versión de Ferrajoli, a la verdad objetiva de una teoría solo nos podemos “aproximar” (nunca igualar) en forma relativa, lo que nos conduce a establecer respecto de la misma sólo conclusiones aceptables, probables o con un mayor rendimiento explicativo¹¹¹³. Como veremos más adelante, esto ha hecho mutar la discusión no sólo en el derecho, sino también en el conocimiento científico (que es de donde proviene la demostración de la tesis empírica enunciada¹¹¹⁴) desde los términos de la verdad a los términos de la *probabilidad*, desde la falta de certeza demostrativa hacia el razonamiento probatorio erigido sobre las bases de la *probabilidad inductiva*. En cualquier caso, los vestigios de que la prueba debe propender hacia la obtención de una certeza judicial con miras a declarar probada una determina premisa sobre los hechos, aún se mantiene intacta hasta cierto punto en alguna porción de la literatura¹¹¹⁵.

A. Verdad como correspondencia relativa

Cuando aceptamos el presupuesto de que la verdad no puede ser sino *relativa*, no significa despreciar el valor de ésta como construcción conceptual o negar su existencia. Simplemente quiere decir que ésta es *contex-laden*¹¹¹⁶, es decir, relativa a la evidencia disponible que de ella se tiene en el proceso¹¹¹⁷ y al contexto procesal específico en el que se enmarca (no puede ser igual un contexto inquisitivo a uno acusatorio¹¹¹⁸), y por tanto, lo más aproximativamente posible a la realidad empírica que fluye de los hechos¹¹¹⁹. Por otro lado, como dice Taruffo, “parece insostenible la idea de una

¹¹¹³ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 50.

¹¹¹⁴ Para adelantar, afirma Perfecto Ibáñez: “Desde esta perspectiva, y dado que, en la materia, sólo cabe acceder a un grado de certeza probable, que, por lo demás, es el que está en la base de todo saber científico, la certeza del juez, la que asegura una verdad procesal de calidad, dependerá del rigor en la formación del cuadro probatorio (que debería incorporar todos los elementos de prueba disponibles) y de la racionalidad del tratamiento que se le dispone”. IBÁÑEZ, P. 2009. *op. cit.* p. 93.

¹¹¹⁵ CHAIA, R. 2010. *op. cit.* pp. 27-28, 48. No deja de desconcertarnos algunas contradicciones en las que incurre el autor a lo largo de su libro, porque si bien en estas páginas recién señaladas habla con firmeza de “certeza”, luego se niega rotundamente a adherir a una concepción que haga equivalente la convicción del juzgador con la verdad absoluta que debe perseguir el proceso: “Digo esto, pues debemos ser conscientes que siendo el proceso un método de reconstrucción, jamás puede producir verdades en términos absolutos”. *Ibid.* pp. 43-44. Ester Ledesma por su parte incurre en una paradoja similar, al reconocer a la certeza como el grado máximo del conocimiento, pero al mismo tiempo al afirmar que el objetivo final es que se corresponda lo más aproximativamente posible con la certeza: “Porque el castigo sólo puede recaer en el verdadero culpable, de tal modo habrá de extremar los recaudos para arribar a un estadio intelectual de certeza que se corresponda lo más posible con el modo en que los hechos han acontecido en la realidad”. LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 295. Otros pensadores extranjeros que hemos utilizado en esta memoria y que en ciertos pasajes siguen hablando de certeza o convicción son: MONTAÑÉS PARDO, M. A. 1999. *op. cit.* p. 74; GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* pp. 46, 52-53.

¹¹¹⁶ TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* p. 182.

¹¹¹⁷ Incluso para aquellos que defienden un tipo de verdad fuera del proceso, también esa verdad es relativa “a las informaciones sobre las cuales se funda y a los métodos que se emplean para comprobarla”. TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 29.

¹¹¹⁸ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 77.

¹¹¹⁹ Según se desprende de las palabras de Taruffo, este jurista a pesar de rechazar la diferenciación entre dos tipos de verdad, al parecer se inclinaría más en favor de una verdad “real”. El siguiente párrafo lo evidencia: “En sustancia, la verdad que se comprueba en el proceso no es ‘formal’ por el solo hecho de que viene comprobada dentro del proceso; más bien, se trata de

verdad judicial que sea completamente ‘distinta’ y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas”¹¹²⁰. En consecuencia, admitir las propiedades intrínsecas que definen al proceso judicial tampoco puede ser un argumento suficiente para hacer que la verdad que se desprende de la decisión judicial se inserte en un compartimento estanco que sea incapaz de dialogar con lo que ocurre a extramuros del proceso¹¹²¹. Lo anterior ha instado a la doctrina procesal mayoritaria a aceptar que el contenido de la verdad a las que nos referimos es una que adscribe, por las razones filosóficas y epistemológicas que la apoyan, a la teoría de la verdad como *correspondencia*, la que como toda teoría científica con pretensiones de completitud, no está exenta de algunas resistencias teóricas¹¹²².

En efecto, filósofos del derecho y de la ciencia desde tiempos inmemoriales y juristas de renombre como Aristóteles, Santo Tomás de Aquino¹¹²³, Bonnier¹¹²⁴, Ubertis, Mittermaier, Manzini¹¹²⁵, Tarski, Twining, Ferrajoli, Taruffo, Gascón, Damaska¹¹²⁶, Ferrer¹¹²⁷, González¹¹²⁸, García Amado¹¹²⁹¹¹³⁰, entre otros, están contestes en que una proposición fáctica se considera verdadera cuánto mejor o mayor se corresponda con la descripción de los hechos que se producen en la realidad objetiva. Es decir, una *relación de adecuación aproximada* -y no de correspondencia absoluta- entre el acto jurisdiccional que declara verdadero un determinado enunciado fáctico desplegado en el proceso y los enunciados fenoménicos que acontecen en fragmentos del mundo real, es una construcción racional y fecunda para que las proposiciones suministradas por las partes tengan éxito. Las razones aducidas por Taruffo en favor de esta concepción, son las siguientes:

(i) No sería justa la decisión que hace recaer el derecho en un supuesto de hecho condicionante que no se ha comprobado, o comprobándose, no se condice con lo que ocurre en la realidad física. En los términos del mismo autor: “(...) la norma substancial que usa el juez como criterio para la decisión

una verdad que es más o menos aproximada a la verdad “real” según como está estructurado el proceso en el cual ella viene establecida”. TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 30.

¹¹²⁰ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 24.

¹¹²¹ *Ibid.* p. 25.

¹¹²² Esto viene a corroborar la explicación del origen de la falacia entre la verdad formal y la verdad material.

¹¹²³ CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 37.

¹¹²⁴ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 32.

¹¹²⁵ Los autores enunciados entre Aristóteles y Manzini se extraen de CHAIA, R. 2010. *op. cit.* pp. 37-38.

¹¹²⁶ Los autores enunciados entre Tarski y Damaska se extraen de FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 30.

¹¹²⁷ “(...) En este trabajo, en cualquier caso, como ya ha sido advertido en otras ocasiones, se utiliza en todo momento la teoría de la verdad como correspondencia”. FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 80.

¹¹²⁸ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 94. Su propuesta es interesante toda vez que sugiere reinterpretar la teoría de la correspondencia desde el cuestionamiento de los esquemas interpretativos y conceptuales que adoptamos y que se entienden comúnmente compartidos. Es decir: “la verdad ya no depende sólo de cómo es la realidad, sino también de nuestros esquemas de interpretación de la realidad”. De este modo, un enunciado fáctico puede corresponderse, por ejemplo, bajo el esquema conceptual “X” pero no bajo el esquema conceptual “Y”. *Ibid.* pp. 104-105.

¹¹²⁹ GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* pp. 50-51; 61.

¹¹³⁰ En Chile, algunos autores que defienden la concepción de la correspondencia son: TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 307; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* p. 110.

presupone que la *konkrete Tatbestand* (es decir, el hecho jurídicamente calificado que es objeto de la decisión) se hubiera verificado efectivamente fuera del proceso y de sus narraciones, es decir en el mundo de los acontecimientos reales (empíricos, históricos, materiales, etc.). Si dicho hecho no se ha verificado en la realidad no se puede aplicar la norma, y si se hiciera ello bastaría para calificar como injusta la sentencia”¹¹³¹.

(ii) Por definición, el proceso se sirve de la prueba en la medida que éste provea piezas de información relevantes para conocer la ocurrencia de determinados hechos. Bajo una concepción *cognoscitiva* que quiere ser consistente con su esquema conceptual, la prueba se hace estéril si es que con ella sólo se quieren producir narraciones aparentemente creíbles¹¹³² (*stories*¹¹³³) y no se determina la verdad de los hechos afirmados por las partes. Es más, habitualmente los abogados se apoyan legítimamente en discursos narrativos que presentan cierta plausibilidad en el marco de un procedimiento, pero si éstos no se enlazan con el reconocimiento efectivo de lo que acontece en el mundo exterior, su dimensión lingüística se transforma en irrelevante¹¹³⁴. Por lo mismo, no es inusual asistir en algunas ocasiones a relatos que aparecen revestidos e integrados de una sólida *coherencia* narrativa (en el sentido de que no contienen demasiados cabos sueltos y que su elaboración es globalmente lógica) que los hacen ver plausibles, pero que en lo específico no guardan una debida correspondencia con las descripciones fácticas de la realidad empírica que se ha probado¹¹³⁵.

Del mismo modo Ferrajoli, redefiniendo la concepción semántica de Tarski de la verdad como correspondencia, afirma: “una proposición *P* es verdadera si, y sólo si *p*’, donde ‘*P*’ está por el nombre metalingüístico de la proposición y ‘*p*’ por la proposición misma”¹¹³⁶. Luego, “la proposición ‘Ticio ha cometido culpablemente el hecho’ es verdadera si, y sólo si, Ticio ha cometido culpablemente el hecho” (está aserción está referida a lo que él llama “verdad fáctica”¹¹³⁷ de la proposición). Si trasladamos funcionalmente la reformulación anterior, utilizando sus mismos términos lingüísticos, a la

¹¹³¹ TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* p. 183.

¹¹³² *Ibid.* p. 183.

¹¹³³ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 82.

¹¹³⁴ Recuérdese lo explicado en el capítulo I en cuanto a que la plausibilidad de la narración de un hecho puede aparecer como “verosímil”, si por verosímil entendemos como aquello que se ajusta a la “normalidad”, pero eso no significa que la plausibilidad de dicha narración sea necesariamente “verdadera”. El estándar de prueba de condena que propone Ron Allen está sustentado en criterios de plausibilidad. En efecto, su regla reza de la siguiente manera: “Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénelo. De otro modo, absuévalo”. LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 107; LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 127. El argumento es muy bien desarrollado por Taruffo en TARUFFO, M. 2005. *op. cit.* pp. 123-124.

¹¹³⁵ Por lo mismo Taruffo se opone a reducir a la verdad como una tesis de *coherencia*. TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* p. 182; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 173-174. Ferrajoli también se opone a esta construcción por considerarla una teoría subjetiva de la verdad. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 49. Otras concepciones sobre la verdad a considerar es la teoría *consensualista* de Habermas. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 175-176.

¹¹³⁶ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 48. Taruffo apoya también la teoría de Tarski en TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 59.

¹¹³⁷ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 48.

hipótesis fáctica que declara como verdadera la descripción de un enunciado que afirma la prisión preventiva, el ejercicio sería más o menos el siguiente:

Es verdadero que en contra de Ticio existen antecedentes que justificaren la existencia del delito y que permitieren presumir fundadamente que el imputado (aquí Ticio) ha tenido participación en el delito como autor, cómplice y encubridor si, y sólo si, en contra de Ticio existen antecedentes que justificaren la existencia del delito y que permitieren presumir fundadamente que el imputado (aquí Ticio) ha tenido participación en el delito como autor, cómplice y encubridor.

Luego, aún queda pendiente -al igual como reconoce explícitamente Ferrajoli en la suscripción de su propia teoría¹¹³⁸ y como persistentemente hemos dado cuenta en capítulos anteriores- establecer las *condiciones de racionalidad* que deben satisfacerse para estimar cuál es el grado de corroboración suficiente para declarar probada (o verdadera, según veremos) la hipótesis fáctica que justifica imponer en contra de Ticio la prisión preventiva.

En definitiva, todo lo que hemos venido examinando críticamente ha llevado a concluir a la dogmática procesal dominante, a partir de la primera mitad del siglo XX, que las distinciones precedentes son falaces e inaceptables. Un fragmento de Ferrer es revelador en este sentido: “(...); en realidad, es fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de forma que la verdad formal o jurídica o bien coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o diverge de ella, y no es más que una no-verdad”¹¹³⁹. Entre nosotros existe algunos autores que de hecho, al enfrentarse a problemas jurídicos de orden procesal, renuncian a inmiscuirse teóricamente en la distinción no solo por considerarla falaz, sino por estimar que es una polémica que está teñida de posturas más bien políticas e ideológicas que se apartan de las cuestiones dogmáticas y estrictamente teóricas que son relevantes¹¹⁴⁰. Esto podría explicar por qué en el seno de la judicatura penal chilena no es fácil arribar a un punto de encuentro epistémico y pacífico acerca del tipo de verdad que debe ser sostenida en la dictación de sus decisiones judiciales¹¹⁴¹, menos aun cuando su formación profesional no cuenta con estudios sólidos de ciencia, epistemología y lógica¹¹⁴².

B. Algunas conclusiones preliminares

¹¹³⁸ *Ibíd.* p. 49.

¹¹³⁹ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 71.

¹¹⁴⁰ AVILÉS, L. 2004. *op. cit.* p. 180.

¹¹⁴¹ COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. *op. cit.* p. 340.

¹¹⁴² GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 97; HERNÁNDEZ MARÍN, R. 2014. *op. cit.* p. 18. Cabe destacar que esto que se objeta a los jueces chilenos, también es objetado a los jueces anglosajones. Al menos así lo piensa Taruffo. TARUFFO, M. 2005. *op. cit.* p. 120.

En consecuencia, resulta estéril detenerse por mucho tiempo en esta discusión cuando lo que sacamos al limpio tiende más a desvanecer los consensos que podamos tener sobre la verdad, que a rescatar importantes conclusiones aclaratorias. A pesar de esto, podemos igualmente extraer algunas deducciones trascendentales:

1. Para los no-escépticos, la verdad perseguida por el proceso penal en tanto empresa científica es una verdad relativa, afincada en el contexto de un determinado proceso, establecida en una relación de correspondencia aproximada entre lo que se declara probado y lo que ocurre en el mundo, y siempre supeditada al mérito epistémico que posean las pruebas disponibles que ingresen al sistema. Estas aseveraciones nos empujan a liberarnos de la pugna que suscitan algunas distinciones falaces y comenzar a analizar aquellas alternativas interesadas en superar la atrofia teórica en la que dicha antítesis se encuentra anclada.

2. Existe una relación de ponderación entre valores epistémicos y valores extra (o contra)-epistémicos que exige optar políticamente por una alternativa: (i) El valor epistémico es cualitativamente más valioso que los valores extra-epistémicos, los cuales deben ser suprimidos; (ii) el valor epistémico puede ser compatibilizado con los valores extra-epistémicos (sin perjuicio de que en un determinado momento histórico uno de éstos sea sacrificado en beneficio de otro); (iii) el valor epistémico es cualitativamente más valioso que los valores extra-epistémicos, razón por la cual los primeros deben ser suprimidos. La posición teórica que hemos asumido desde un principio es la simbolizada como “(ii)”, la que intenta propender al encuentro de un punto de equilibrio entre la verdad y la presunción de inocencia, sobre todo considerando su dimensión epistémica y práctica¹¹⁴³.

3. La declaración probatoria que haga un juez de un determinado enunciado fáctico puede ser verdadera (o falsa) con independencia de que el contenido del enunciado fáctico sea verdadero (o falso). Del mismo modo, el contenido de un enunciado fáctico puede ser verdadero (o falso) con independencia de que dicho enunciado fáctico haya sido declarado probado. Queda pendiente resolver qué entendemos cuando decimos que un enunciado fáctico está probado, y bajo qué condiciones de racionalidad dicho enunciado fáctico se considera aceptable.

4. La discusión jurídica a la que da lugar la verdad en la prueba de los hechos solo tendrá sentido cuando exista claridad en que la comprobación del supuesto de hecho condicionante que da pábulo a que se produzcan los efectos jurídicos previstos por las normas, es funcional al objetivo de que el derecho pueda cumplir su función motivadora de que se observen las reglas jurídicas que rigen

¹¹⁴³ Algunos consideran que no hay que buscar un punto de equilibrio entre uno y otro valor, sino que se debe elegir qué valor debe prevalecer sobre el otro. TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 36.

el comportamiento de los individuos. El proceso penal, entonces, no es otra cosa que el vehículo que hace concretamente realizable el Derecho penal.

3.2.2. Prueba como mecanismo de averiguación de la verdad

Despejado el problema de que el proceso sí está orientado a disolver la incertidumbre que se produce en la determinación de la verdad o falsedad de los enunciados fácticos, corresponde analizar el mecanismo que por antonomasia coadyuva a las partes y al juez a hacer posible la reconstrucción de la verdad relativa, aproximada y contextual de los hechos.

A modo genérico, cuando utilizamos el vocablo *prueba* nos estamos refiriendo “al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción [la de la verdad de los hechos] es elaborada, verificada y confirmada como ‘verdadera’”¹¹⁴⁴. Esta acepción amplia da cuenta de que lo que sucede en la prueba jurídica no es nada muy distinto –“ontológicamente o estructuralmente”¹¹⁴⁵– a lo que sucede con la prueba en cualquier área del conocimiento científico (medicina, física, química, etc.¹¹⁴⁶). En ambos casos se sirven de la prueba para adoptar, en un contexto de incertidumbre, una elección racional sobre una determinada proposición fáctica relevante entre muchas en competencia (v.gr. que la luz viaja más rápido que el sonido o que “X” es culpable del delito de homicidio cometido sobre “Y”), que se presenta como la reconstrucción más plausible de la realidad de los hechos¹¹⁴⁷. En esto, la asunción de un esquema procesal *cognoscitivista crítico*¹¹⁴⁸ goza de un descollante atributo, cual es ser un modelo teórico que posee un rendimiento explicativo plausible sobre el conocimiento de los hechos y sobre el rol protagónico que le adjudica a la prueba jurídica para cumplir su cometido. En efecto, uno podría discutir –como vimos en la sección anterior– los postulados cognoscitivos que afirman que la conformación del proceso tiene un tinte epistemológico, pero lo que no se puede discutir en caso alguno es que la prueba sea el instrumento que por excelencia está destinada a la averiguación de la verdad.

¹¹⁴⁴ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 84.

¹¹⁴⁵ *Ibid.* p. 348.

¹¹⁴⁶ VALENZUELA, J. 2015. *op. cit.* p. 134; VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 1; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* pp. 5-6. En el mismo sentido Daniel González Lagier, para quien la remisión a reglas de la sana crítica para la valoración racional de la prueba es una muestra concreta de lo mismo. GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 96. También Manuel Atieza, desde la perspectiva de la teoría de la argumentación jurídica, hace una analogía entre la dimensión de la justificación (interna y externa) y lo que significa explicar un acontecimiento desde los esquemas científicos. ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 117.

¹¹⁴⁷ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 86.

¹¹⁴⁸ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 94.

Por otro lado, que en el extendido ámbito de la experiencia, el proceso judicial contenga como propiedad exclusiva la obligación ineludible de tomar una decisión judicial -proscripción del *non liquet*- que resuelva una disputa con autoridad de cosa juzgada, no es óbice para excluir precipitadamente una construcción teórica de la prueba que descansa en reglas de racionalidad empírica y en las categorías de la epistemología general¹¹⁴⁹ (cuestión que, de hecho, viene concitando un reconocido apoyo desde los postulados benthamianos en adelante, quien propugnaba un método *natural* de conocimiento¹¹⁵⁰). Entre nosotros, Rodrigo Coloma, por ejemplo, reconociendo los dispares objetos de estudio existentes entre la prueba que recae sobre un experimento para verificar una hipótesis científica y la prueba que recae sobre la corroboración de una hipótesis jurídica sobre una determinada situación fáctica, reconoce la tesis de que existen ciertas similitudes entre el método científico y el método jurídico cuando se trata de llevar a cabo la prueba de una determinada aserción fáctica¹¹⁵¹. Por nombrar uno de estos elementos comunes, téngase presente que el razonamiento probatorio que se aplica en el ámbito científico se ampara en un sustrato racional *inductivo* de carácter probabilístico que es equivalente al que se sostiene desde la *teoría racionalista de la prueba*¹¹⁵².

Una concepción racional de la prueba es aquella que concibe a ésta como un mecanismo de averiguación de la verdad, según la cual una determinada hipótesis sobre un hecho está probada cuando dispone de elementos suficientes que la corroboran¹¹⁵³. Volveremos sobre este presupuesto en el punto siguiente.

Antes de proceder a definir en sentido estricto el significado de la prueba jurídica, enumeraremos algunas de las notas distintivas que el profesor Ferrer le asigna al contexto particular en el que se desenvuelve la actividad probatoria judicial¹¹⁵⁴:

(i) La importancia de reconocer que el objetivo institucional del proceso es la consecución de la verdad radica en que solo de esta manera el derecho podrá cumplir con éxito la función principal de regulación de las conductas humanas¹¹⁵⁵. Más arriba señalábamos cómo la toma de una decisión verdadera cimentada sobre la base de la prueba de la ocurrencia de los hechos era vital para la aplicación correcta del derecho. Esto solo adquiere sentido si reconocemos el presupuesto de que cuando los jueces ejercen su función jurisdiccional aplicando las reglas jurídicas substantivas a un

¹¹⁴⁹ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 26.

¹¹⁵⁰ FERRER, J. 2010a. *op. cit.* pp. 2-3; GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 98.

¹¹⁵¹ COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* pp. 10-11. En un sentido similar, NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 167.

¹¹⁵² FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 48.

¹¹⁵³ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 18.

¹¹⁵⁴ El autor menciona siete características definitorias, nosotros solo aludiremos a cinco de ellas. Hemos prescindido de dos porque ya han sido examinadas en otras partes de esta memoria. Estas son: "2.3. El derecho incluye un buen número de reglas jurídicas sobre la prueba; 2.7. La decisión que se adopte está dotada de autoridad". FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 35, 50.

¹¹⁵⁵ *Ibíd.* p. 30. El mismo argumento fue sostenido en el capítulo II.

supuesto de hecho condicionante que se tiene por verdadero, su propósito mediato no es otro que hacer efectivo el objetivo último del sistema jurídico, cual es ser un instrumento destinado a dirigir el comportamiento de los destinatarios de las normas jurídicas.

(ii) En general, se ha caracterizado a la actividad probatoria como una pieza clave en la máquina retrospectiva que constituye el proceso, toda vez que su función es determinar los hechos que acaecen en el pasado. En clave de Ferrer: “(...) se debe determinar que un hecho *h* sucedió en un momento histórico pasado *m*”¹¹⁵⁶. No obstante ello, se han descubierto algunas hipótesis que versan sobre la necesidad de determinar la ocurrencia de eventos que se predicen del presente y la predicción de eventos que podrían suscitarse en un momento futuro¹¹⁵⁷. Ante esta multiplicidad de situaciones fácticas, el mismo autor ha querido construir su propia definición de *hecho* sobre el cual recae el razonamiento probatorio: “(...) se trata de probar hechos individuales irrepetibles”¹¹⁵⁸.

Este elemento tiene notable injerencia en el tema de las medidas cautelares personales, toda vez que el razonamiento probatorio que debe operar sobre la premisa fáctica de la prisión preventiva es generalmente de tipo *retrospectivo* (existencia del delito que se *investigare* o existencia de antecedentes que permitieren presumir que el imputado *ha tenido* participación), pero el sentido de la decisión de conceder o denegar la prisión preventiva es *prospectivo*, toda vez que se pretenden cautelar riesgos procesales que podrían devenir en el curso futuro del procedimiento¹¹⁵⁹. En este último punto, tal como señala Jonatan Valenzuela, el juez penal, en alguna medida, “debe enfrentar un razonamiento predictivo basado en evidencias”¹¹⁶⁰.

(iii) La decisión sobre la prueba de la aserción fáctica además de estar disciplinada por un conjunto de reglas dispuestas por el derecho, también está subordinada estrictamente a un contexto

¹¹⁵⁶ *Ibid.* p. 32.

¹¹⁵⁷ *Ibid.* p. 32. Reconociendo la misma tipología de hechos susceptibles de prueba, véase también GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 45. Sobre distintos hechos (pasados, presentes o futuros) que ocurren en la vida cotidiana, véase GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 85. Algo de esto también puede ser encontrado en Rubén. A. Chaia, que deja entrever que no siempre la verdad ha de ser buscada con sentido retrospectivo: “Así, la verdad no se busca en los hechos pasados, se aplica, en el sentido de validez o invalidez, a las proposiciones o enunciados que sustentan la conclusión”. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 40. Sobre lo mismo, y una diferencia entre prueba e indicio, Ferrajoli señala: “Apartándome del lenguaje corriente, propongo llamar *prueba* al hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado, e *indicio* al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que a su vez tenga el valor de un indicio”. FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 130.

¹¹⁵⁸ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 35.

¹¹⁵⁹ En el mismo sentido el profesor Valenzuela, para quien la letra a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal tendrían una naturaleza retrospectiva, en cambio la articulación de la necesidad de cautelar en sus distintas dimensiones de la letra c) tendría una naturaleza prospectiva. VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* pp. 20-22.

¹¹⁶⁰ VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 4; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 9. Este punto es trascendental porque es la base para que el mismo autor proponga una alternativa a la construcción de un estándar de prueba cautelar que veremos mas adelante. VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 8.

temporal en el cual debe producirse la toma de la decisión¹¹⁶¹. Los tribunales tienen plazos establecidos por la ley para arribar a una decisión con autoridad de cosa juzgada, por lo que cualquier dato probatorio que, aun siendo relevante para el juicio, se pretenda ingresar en forma extemporánea a éste, está estrictamente prohibido salvo algunas excepciones legales¹¹⁶². En esto se pone de relieve otro valor extra-epistemológico que interactúa con el propósito de averiguar la verdad y que para algunos lo entorpece, a saber, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

(iv) La participación activa de las partes es trascendental en la declaración probatoria de los enunciados fácticos. Lo es, entre otras cosas, porque en general en los procesos penales modernos la proposición, ofrecimiento y práctica de la prueba depende, en su mayoría, de la propia iniciativa de las partes que ven en ella, una vía para fundar sus alegaciones¹¹⁶³. Desentrañar el aporte real que pueden realizar las partes al objetivo epistemológico que persigue el proceso, ha sido fuente de múltiples debates jurídicos si se considera que cada interviniente está motivado por satisfacer sus propias pretensiones jurídicas, y por lo tanto, no siempre estará interesado, necesariamente, en contribuir de manera imparcial y objetiva con la averiguación de la verdad (la “visión de túnel” desarrollada anteriormente da cuenta claramente de esto).

Una de las manifestaciones de este conflicto puede notarse en la preferencia que cada ordenamiento jurídico le adjudica a la posibilidad de que sean los jueces los que ordenen la práctica de determinadas diligencias probatorias. Por ejemplo, países como Alemania, España, Francia y los países bajos adoptan un procedimiento instructorio, por el cual es el tribunal el que de oficio ordena la recepción de algunas pruebas¹¹⁶⁴. En países del *common law* (Estados Unidos e Inglaterra) acogen el procedimiento de carácter contradictorio, siendo las partes quienes amparadas por el principio dispositivo, toman la iniciativa probatoria, privando al juez del ejercicio de estos poderes. En países como Italia, Japón y Suecia, se adopta un modelo híbrido¹¹⁶⁵. Más allá de las regulaciones jurídicas específicas, lo cierto es que la prueba siempre es de mucha utilidad para los actores procesales: al juez

¹¹⁶¹ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 37. Esta sería, según Susan Haaak (citada por García Amado) otra característica que no ha de tener una investigación científica o académica: “(...) sin embargo, un juicio *no* es como una investigación científica seria o la investigación académica seria que pueden tomarse el tiempo necesario para escudriñar todas las pruebas disponibles, las determinaciones jurídicas de los hechos están sujetas a limitaciones de tiempo y a restricciones respecto a la forma de obtención y al tipo de pruebas que pueden legalmente ser presentadas”. GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 71.

¹¹⁶² Por ejemplo, en el sistema procesal chileno se autoriza, a instancia de parte, la recepción de pruebas en la etapa de juicio oral que no se hubieren ofrecido oportunamente en la etapa de preparación del juicio oral, lo que es conocido como “prueba nueva”. También el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal puede autorizar la presentación de pruebas nuevas, cuando con ocasión de la rendición de una de ellas surgiera una controversia relacionada exclusivamente con la veracidad, autenticidad o integridad, lo que es conocido comúnmente como “prueba sobre prueba”. Esto está regulado en el artículo 336 del Código Procesal Penal.

¹¹⁶³ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 39.

¹¹⁶⁴ TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 306.

¹¹⁶⁵ AMBOS, K. 2007. *op. cit.* p. 243.

para sustentar la resolución de la controversia, a las partes para garantizar el fundamento de su pretensión y al proceso en su conjunto para que pueda efectivamente funcionar¹¹⁶⁶.

(v) Así como dijimos que la verdad por la que apuesta el proceso judicial es una verdad de carácter relativo, la justificación de los enunciados probatorios consignados en la premisa fáctica es también relativa a los elementos de juicio disponible que ingresan al expediente judicial. Es por eso que cuando el tribunal afirma un enunciado del tipo “está probado que *p*”, debe entenderse siempre en el contexto de un conjunto de elementos probatorios disponibles sobre los cuales es plausible tener por probado *p*¹¹⁶⁷. Este es el carácter *relacional* del que gozan los enunciados declarativos de hechos probados, toda vez que afirmar que la proposición *p* está probada no es otra cosa que buscar una relación entre su declaración probatoria y los elementos de juicio presentes en el expediente judicial¹¹⁶⁸. Los criterios de evaluación racional para estimar que *p* está probada, se verán en los apartados siguientes.

3.2.2.1. Significado de la prueba jurídica y algunas concepciones específicas

El significado etimológico de la palabra “prueba” proviene del latín *probatio, probationis*, cuya conjugación verbal es *probo, probas, probare*, todos derivados del enunciado lingüístico *probus*, que significa bueno, honesto, recto¹¹⁶⁹. En el derecho probatorio, el término “prueba” se emplea habitualmente de manera muy flexible para las distintas funciones lingüísticas que cumple esta noción dentro del proceso, las cuales no son necesariamente exclusivas y excluyentes. La primera es entender su significado procesal como un “medio de prueba”, es decir, aquello que “sirve o puede servir para confirmar o falsear una aserción relativa a un hecho de la causa”¹¹⁷⁰. Su segunda acepción es “resultado probatorio”, es decir, “el resultado que deriva de la adquisición de los medios de prueba en el proceso y de su valoración por parte del juez”¹¹⁷¹. Solo los elementos de juicio disponibles producen un resultado probatorio ya sea para confirmar (verificar) o refutar (descartar) una proposición fáctica sobre un

¹¹⁶⁶ CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 54.

¹¹⁶⁷ FERRER, J. 2007. *op. cit.* p. 40.

¹¹⁶⁸ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 77.

¹¹⁶⁹ IBÁÑEZ, P. 2009. *op. cit.* p. 27; CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 27; BENAVENTE CHORRES, H. 2009. *op. cit.* p. 73 (aquí el autor cita a Sentís Melendo).

¹¹⁷⁰ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 448. En el mismo sentido, FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 20; CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 28. Otra definición de Taruffo que puede ser encasillada en esta categoría es la siguiente: “cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre”. TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* p. 176.

¹¹⁷¹ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 449. En esta acepción caben enunciados como carga de la prueba, valoración de la prueba, resultado probatorio. En el mismo sentido, aceptando la prueba como resultado probatorio, véase CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 28.

hecho¹¹⁷². El tercer sentido procesal que se le da a la locución es de “actividad probatoria”, vale decir, aquel ejercicio consistente “en la aportación de elementos de juicio a favor de una determinada conclusión o la fase o procedimiento del proceso judicial en el que se realiza esa actividad”¹¹⁷³. En esta última acepción, podemos reconocer que el elenco de categorías descritas no son excluyentes, toda vez que en la actividad probatoria se conecta el primer sentido procesal (medio de prueba) con el segundo sentido procesal (resultado probatorio¹¹⁷⁴). Con esta vinculación el razonamiento del juez puede realizar una cadena de inferencias probatorias para establecer el grado de confirmación que entregan inductivamente los elementos probatorios a una hipótesis para que pueda tenerse como probada, verdadera o aceptable.

Los anteriores son los sentidos procesales más difundidos del vocablo “prueba”, los que con frecuencia son ocupados indistintamente por los diferentes operadores jurídicos¹¹⁷⁵. Luego, establecer una definición jurídica unívoca y exhaustiva del concepto se hace en extremo complejo considerando las vicisitudes de su uso, la diversidad de fenómenos que debe abarcar y la abundante, dilatada y rica literatura especializada que se ha encargado de interpretar procesalmente su significado. A pesar de estas dificultades, podemos ofrecer una definición de la prueba jurídica que contenga, en general, elementos comunes de aquellos autores que suscriben a una *tradición racionalista de la prueba*¹¹⁷⁶.

Antes de esto, debemos hacer una prevención. Desde los postulados que fundan esta teoría probatoria, se rechaza cualquier equiparación entre la prueba jurídica y la convicción psicológica del juez¹¹⁷⁷. Como examinaremos más adelante, cualquier vinculación entre el apoyo que ofrezcan los elementos probatorios disponibles a una determina hipótesis sobre los hechos para fundar una elección racional de la decisión judicial, debe alejar cualquier inclinación hacia el convencimiento subjetivo que

¹¹⁷² FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 30.

¹¹⁷³ *Ibid.* pp. 29-30. En el mismo sentido, CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 28. Entre nosotros, Julián López y María Inés Horvitz atribuyen un significado distinto al concepto de “medio de prueba”, entendiéndolo como el procedimiento establecido en la ley con arreglo al cual ingresan los elementos de prueba al proceso judicial. En cambio, lo que nosotros hemos definido como “medio de prueba” ellos lo conceptualizan como “elemento de prueba”. HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II., pp. 66-67.

¹¹⁷⁴ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 450.

¹¹⁷⁵ Sobre la ligazón que une a cada una de las expresiones lingüísticas en nuestra legislación procesal civil y penal, Maturana y Montero señalan: “De este modo se puede señalar que utilizando la prueba (medio de prueba) en la prueba (oportunidad procesal) se tiene que probar (acción o acto de acreditar) para que se dé un hecho por probado (resultado)”. MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Derecho procesal penal. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. Tomo II., p. 771. En este fragmento, los autores le atribuyen cuatro usos distintos a la noción de prueba, aunque en nuestra percepción, la acepción “oportunidad procesal” y “acción o acto de acreditar” pueden ser incluidas fácilmente en lo que nosotros hemos denominado como “actividad”.

¹¹⁷⁶ Autores anglosajones como Thayer, Wigmore, Bentham, son considerados los padres intelectuales de esta teoría. En contra de la misma, Stein. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 43.

¹¹⁷⁷ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 30.

de los mismos tenga el juez¹¹⁷⁸. En este sentido, un juez debe estar capacitado para declarar probado un determinado enunciado relativo a un hecho con independencia (e incluso en contra) de las creencias personales que el juez tenga respecto del mismo¹¹⁷⁹.

Dicho lo anterior, podemos definir procesalmente a la prueba jurídica como aquel instrumento que permite atribuir un determinado grado de confirmación o de probabilidad a una proposición fáctica para que pueda ser considerada verdadera¹¹⁸⁰. Como se deja entrever, esta definición jurídica no logra diferenciarse con la rigidez necesaria que algunos intelectuales presuponen que existe, respecto de la noción de prueba emanada de un campo de conocimiento más general (no jurídico), cuyo significado es ser un “elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos”¹¹⁸¹. En ambos casos, el núcleo del concepto radica en que el elemento probatorio debe ser idóneo para ofrecer un apoyo relativo a la proposición fáctica cuya plausibilidad se afirma. Solo será apropiado en la medida que el elemento pueda ser controlable mediante criterios de racionalidad, y verificable intersubjetivamente, cuestión que viene a dar un soporte adicional a la conexión teórica que puedan existir entre el proceso judicial y la ciencia. Luego, sólo es razonable tildar de “jurídica” a la prueba que cumpla, a lo menos, con alguna de estas condiciones: (i) “la presencia de una regulación jurídica de la prueba”¹¹⁸² (en el sentido amplio de la expresión, esto es, una que busca hacer prevalecer las reglas de la racionalidad empírica por sobre las reglas de la racionalidad jurídica, la que queda acotada solo a una porción limitada de situaciones¹¹⁸³); (ii) “sirva para usos típicos jurídicos, en contextos jurídicos como el proceso”¹¹⁸⁴. Recuérdese que el objeto de prueba en el proceso penal recae sobre las afirmaciones fácticas que promuevan las partes respecto de los siguientes elementos: existencia del delito (circunstancias objetivas y subjetivas) y participación del acusado¹¹⁸⁵.

¹¹⁷⁸ Como veremos más adelante, una concepción subjetivista de la prueba era afirmada hasta hace no muy poco por autores extranjeros. Ferrer da cuenta de algunos de ellos que estiman que la finalidad de la prueba es “convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad”. FERRER, J. 2011. *op. cit.* p. 91.

¹¹⁷⁹ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 76.

¹¹⁸⁰ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 34. Ferrer enfatiza aquí también la idea de que la prueba y las probabilidades pueden diferenciarse en niveles o grados, pero la verdad no.

¹¹⁸¹ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 327. Por lo mismo, Taruffo considera débiles las justificaciones que intentan excluir, a priori, metodologías científicas que sirvan de modelo para el análisis de la prueba judicial y el razonamiento probatorio jurídico (v.gr. valoración racional de la prueba), sobre todo, si desde la epistemología postpositivista se muestra una actitud inversa, es decir, se nutre de esquemas jurídicos para enfrentar problemas científicos. En este sentido, existirían más puntos de encuentro que de desencuentro entre el juez y el científico a la hora de establecer determinaciones verdaderas sobre los hechos. *Ibid.* pp. 330-336.

¹¹⁸² *Ibid.* p. 342.

¹¹⁸³ *Ibid.* p. 345.

¹¹⁸⁴ *Ibid.* p. 342.

¹¹⁸⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 76. Cabe destacar que cuando hablamos de *delito* hablamos de un hecho punible, de manera que un supuesto puramente epistémico (v.gr., que “X” disparó a “Y”) desligado de una calificación jurídica, no es estrictamente un delito, sino que técnicamente se trata de un *hecho a probar*. Sobre esto último, véase GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 44.

El elenco de clasificaciones, tipologías y concepciones de la prueba judicial son infinitas y no siempre taxativas¹¹⁸⁶. En lo que sigue, sólo expondremos las concepciones probatorias que fluyen de las versiones de Taruffo y Ferrer. Nos valdremos de ellas porque reconocen, en mayor o menor medida, un vínculo de la prueba con la verdad, en oposición al grupo de escépticos que llegan incluso al extremo de negar la existencia de la prueba, en sí misma, como fenómeno que puede observarse en el mundo¹¹⁸⁷, o aquellas que la asimilan con una convicción subjetivista e irracional.

A. Prueba como instrumento de conocimiento e instrumento de persuasión

Taruffo identifica dos maneras de concebir la prueba. La primera, que es la más difundida y que es la que hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, es aquella que ve en la prueba un medio de conocimiento (*instrumento de conocimiento*¹¹⁸⁸). A través de los elementos probatorios se entrega información relativa respecto de un enunciado fáctico y las circunstancias que rodean al mismo, de manera tal que la prueba pueda establecer un grado de confirmación o refutación a la verdad o falsedad de la proposición fáctica¹¹⁸⁹. La segunda, que es una de las más criticadas pero que al mismo tiempo está muy incrustada en cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia, es aquella que percibe a la prueba como un *instrumento de persuasión*¹¹⁹⁰ que persigue generar en el juez el convencimiento subjetivo de que una determinada proposición fáctica ha ocurrido, independiente de la verdad o falsedad del mismo¹¹⁹¹. Su objetivo dista de proveer información fiable, fidedigna y de calidad que nos aproxime al conocimiento de los hechos, toda vez que su propósito no es cognoscitivo, sino que está dirigido a construir un discurso argumentativo-narrativo suficientemente persuasivo en la mentalidad del juez que permite declarar por probado una determinada aserción fáctica¹¹⁹². En síntesis, está probado (y es verdadero) aquello que el estado psicológico del juez cree internamente estar probado. Luego, los criterios de corrección que soportan una determinada creencia son inútiles e irrelevantes a la hora de analizar si el convencimiento de la decisión obedeció a fuentes equivocadas de la realidad¹¹⁹³. Como se puede inferir, una concepción que siga estos lineamientos es una concepción *irracional* de la

¹¹⁸⁶ Por ejemplo, una de las dimensiones que no abordaremos en este lugar es la prueba como garantía constitucional de orden procesal, toda vez que su análisis podría desbordar los límites del objeto de estudio de esta tesis. Al respecto solo cabe destacar que el derecho a ejercer la prueba que pueda confirmar una determinada hipótesis fáctica o producir contrapruebas que puedan refutar la misma, es una garantía del juzgamiento, de la concreción del principio contradictorio y esta conectada con el derecho a defensa y la proscripción de la imposición de sanciones coactivas en forma arbitraria, todos los cuales son presupuestos de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho. LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* pp. 263, 284; CHAIA, R. 2010. *op. cit.* pp. 53-54.

¹¹⁸⁷ La prueba, en esta versión, sería un *nonsense*. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 80.

¹¹⁸⁸ TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* p. 177.

¹¹⁸⁹ *Ibid.* p. 177.

¹¹⁹⁰ *Ibid.* pp. 177-178.

¹¹⁹¹ *Ibid.* p. 177.

¹¹⁹² *Ibid.* p. 178; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 350.

¹¹⁹³ Página 178 Taruffo: “consideraciones sobre prueba y verdad”.

prueba, que replica todos los problemas asociados a una motivación *psicologista* de las resoluciones judiciales, las que fueron estudiadas dilatadamente en el capítulo II.

Esta última es además la concepción retórica de la que se valen continuamente los operadores jurídicos (especialmente de aquellos abogados interesados sólo en ganar el caso) para construir *stories* globalmente coherentes relativas a los hechos, so riesgo de producir conclusiones manifiestamente falsas, ergo, injustas¹¹⁹⁴. Es cierto que un relato, en mayor o menor grado, busca a través de la argumentación y la elocuencia, persuadir al juez de que una determinada hipótesis fáctica debe imponerse por sobre otra, pero sí la misma está afincada sobre medios de prueba en los que prima un valor retórico por sobre su valor epistémico, no puede ser tomado racionalmente en serio. Incluso si se aceptara como una teoría plausible, aún quedaría irresoluto el problema sobre el baremo de suficiencia o umbral mínimo que debería traspasarse para concluir que dicho relativo sobre los hechos está probado¹¹⁹⁵.

B. Prueba como nexa teleológico con la verdad

La vinculación entre la prueba y la verdad como un nexa teleológico (“la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso”¹¹⁹⁶) es una construcción que permite superar la concepción de la prueba en clave subjetivista, es decir, irracional. Para ello, primero tenemos que explicar que significa asimilar la prueba con una consideración subjetivista.

Una concepción subjetivista de la prueba -mayoritaria en la dogmática¹¹⁹⁷ y en la jurisprudencia procesal vigente¹¹⁹⁸- no es si no otra arista que presenta el problema de una concepción

¹¹⁹⁴ TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* p. 179-180. Ni aun en la tradición anglosajona predomina una concepción retórica de la prueba como pareciera creerse. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 353-354. Lo mismo puede verse en la teoría de la argumentación jurídica, en que existen justificaciones coherentes narrativamente que no siempre son internamente consistentes, o viceversa, lo que da cuenta que la corrección del criterio de coherencia es un criterio de justificación débil. ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* pp. 118-119.

¹¹⁹⁵ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 243.

¹¹⁹⁶ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 84.

¹¹⁹⁷ Ferrer incluye abundante referencia bibliográfica de varios autores españoles. *Ibid.* p. 91. En la recopilación de fuentes bibliográficas nacionales consultadas, podemos encontrar como referencia que apoyan esta concepción a los siguientes autores: “(...) podemos señalar que la prueba es el conjunto de actos procesales que se realizan en el juicio oral, para los efectos de permitir al tribunal alcanzar su convicción fundada y más allá de toda duda razonable, acerca de la verdad en torno a la existencia de los hechos afirmados por las partes que permiten determinar el delito y la participación de un imputado (...)” MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo II. *op. cit.* p. 769; “Cuando se trata del acto de prueba de la parte acusadora, la finalidad es persuadir al tribunal, con grado de certeza, acerca de todos y cada uno de los extremos de la imputación delictiva” HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II., p. 68; “En resumen, el nivel al que debe llegar la capacidad de convencimiento de las pruebas es, ni más ni menos, el que le permita mantener su conciencia tranquila, después de adoptar la decisión, porque -en los términos del Tribunal Supremo alemán- se ha convencido de la veracidad de las afirmaciones en las que su fallo descansa”. TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 319 (el mismo autor en las páginas 310 y 311 incluso cita a Maier quien habla también de convicción y certeza). En otra de sus publicaciones más antiguas, sostiene lo mismo. TAVOLARI, R.

débil e irracional de la motivación de las decisiones judiciales vista en el capítulo II, pero ahora irradiado específicamente sobre la parte probatoria, ergo, sobre la cuestión fáctica de la decisión judicial. La prueba jurídica concebida en forma subjetivista dice relación con una actitud proposicional de convencimiento interno (convicción, creencia o certeza, tres denominaciones equivalentes) que tiene el tribunal (sea un juez profesional togado o un jurado lego) sobre cómo ocurrieron determinados hechos¹¹⁹⁹. Esta actitud proposicional se reduce al estado mental o psicológico de creer firmemente que un hecho ocurrió¹²⁰⁰, por lo tanto, en la medida que el juez tiene la certeza subjetiva de que eso fue así, el hecho está probado y estaría habilitado para ser incorporado al razonamiento decisorio. Si ocupamos la terminología de Ferrer, la noción irracionalista de prueba significa asimilar la proposición “Está probado que *p*” a la creencia de *p* por parte del juez¹²⁰¹.

Las razones que presenta Ferrer para oponerse a una concepción probatoria fundada en la convicción subjetiva son las siguientes¹²⁰²:

(i) Niega el presupuesto esencial compartido por la comunidad jurídica y científica sobre la falibilidad judicial. Si equiparamos la prueba de un enunciado fáctico con el alcance que ha tenido el estado psicológico de un juez sobre la creencia de que este hecho ocurrió, no hay posibilidad de contradecir o refutar la creencia asilada en la cabeza del juez. En efecto, si los hechos probados son aquellos que el juez afirma estar probados porque está firmemente convencido de la verdad de su

1998. *op. cit.* p. 38; Raúl Carnevali e Ignacio Castillo Val a pesar de argüir que el artículo 340 del Código Procesal Penal puede ser reinterpretado objetivamente, de manera que pueda analizarse si la prueba de la acusación fiscal puede (o no) alcanzar la suficiencia probatoria que exige el *quantum* de la duda razonable, a lo largo de su texto sigue estando presente expresiones en relación a la convicción del tribunal en la emisión de su sentencia. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* pp. 105-106; Claudio Fuentes Maureira, a pesar de desarrollar la idea de que el estándar de prueba cumple una función epistemológica, en pasajes de su texto sigue hablando de “estándar de prueba o convicción”. FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* pp. 504-505. Una síntesis de otros procesalistas chilenos que asocian la prueba a una versión subjetivista puede encontrarse en Accatino, en donde se resaltan autores distintos a los que hemos nombrado como E. Paillás y Alex Carroca. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2003. *op. cit.* pp. 18-19.

¹¹⁹⁸ Accatino expone un fallo de la Corte Suprema que es estremecedor (SCS Rol N° 1.743-2003. [02 de julio de 2003]), en el cual el ministro Juica pone de manifiesto su interpretación subjetivista del estándar de condena (asimilándolo a la certeza moral) y discrimina entre las exigencias de motivación de una sentencia condenatoria y una absolutoria (en su opinión, esta última tiene requisitos menos intensos que la condenatoria). Al respecto, expresa lo siguiente: “(...) porque ha quedado en evidencia que la prueba presenta por los acusadores *provocó* en los sentenciadores el estado de duda razonable que impide, por supuesto, adquirir la conciencia moral e *íntima* de condena”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. *op. cit.* p. 21. Citando el mismo fallo que Accatino, véase TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 313. Oponiéndose también a la opinión del ministro de la Corte Suprema, véase CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* pp. 107. Nosotros podemos citar la opinión de una Fiscal Judicial en el contexto de una sentencia en que se discutía la responsabilidad del Estado-Juez. En el considerando cuarto se establece: “Entonces el hecho que la absolución concluya que esos mismos antecedentes y otros adicionales no bastan para formarse el *pleno convencimiento* de la existencia del delito, no significa que el *proceso interno* de los jueces anteriores fuese injustificadamente erróneo, por lo que se impone desestimar la pretensión”. SCS: Rol N° 25.658-2014. [11 de mayo de 2015]. Lo que se predica de la judicatura penal se ha propagado también a la judicatura civil (entendida en un sentido amplio, es decir, como no-penal), evidenciándose que lo que los jueces necesitan es que se “convenzan” de que los hechos ocurrieron como se describen en la demanda. LARROUCAU TORRES, J. 2012. Hacia un estándar de prueba civil. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 (N° 3): pp. 786-787, 798.

¹¹⁹⁹ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 30.

¹²⁰⁰ FERRER, J. 2002. *op. cit.* pp. 89, 92.

¹²⁰¹ *Ibid.* p. 90.

¹²⁰² Apoyando a Ferrer sobre el peso de estas razones, véase ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. *op. cit.* p. 22.

acaecimiento, entonces el juez nunca se equivocaría, porque sería inusual que se equivoque respecto de sus propias convicciones (las que por lo demás habitan en una esfera inefable donde no tienen cabida el resto de las partes y la comunidad política). Siendo inaccesibles, no podemos controlar intersubjetivamente la decisión porque es evidente que no está sustentada en criterios de racionalidad¹²⁰³.

En síntesis, la prueba de un hecho representada como una simple convicción, no hace otra cosa que seguir reproduciendo las consecuencias indeseables de la falibilidad¹²⁰⁴.

(ii) Excluye la multiplicidad de casos en que un juez decide, desde el punto de vista de la premisa normativa o fáctica, en contra de sus propias creencias¹²⁰⁵. Por otro lado, es evidente que la creencia de un individuo sobre un determinado evento de la realidad no necesariamente coincide con la manera efectiva en que ese evento ocurrió (si es que es verdadero que ocurrió¹²⁰⁶). Las circunstancias que explican que esto se de en la realidad son variadas, algunas de las cuales son¹²⁰⁷:

[A] Las convicciones poseen una estructura irracional que no se condice con la estructura racional que está presente, se supone, en los elementos probatorios disponibles¹²⁰⁸. La explicación a esto se encuentra en la propiedad distintiva que posee cualquier tipo de convicción que tengamos sobre diferentes situaciones de la vida real: éstas son involuntarias. Al no tener un contenido volitivo, no están amparadas por la razón, ergo, no pueden justificarse, sin perjuicio de que es posible de que algunas veces un determinado tipo de creencia pueda estar fundada en algún elemento de racionalidad, el que termina siendo excepcionalmente “causal”¹²⁰⁹. De ahí que se diga que las personas nunca puedan decidir en lo que creen, simplemente lo creen.

¹²⁰³ FERRER, J. 2003. *op. cit.* pp. 28-30.

¹²⁰⁴ Ferrer complementa exponiendo brevemente dos dificultades adicionales a asumir la ficción de la infalibilidad judicial: “a) difícilmente puede hablarse de ‘aplicación’ del derecho si el juez está en posición de infalibilidad, puesto que esto implica que no hay un derecho previo que aplicar; b) esta consecuencia es incompatible con una concepción de la prueba jurídica vinculada con el objetivo de la averiguación de la verdad”. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 145.

¹²⁰⁵ FERRER, J. 2003. *op. cit.* pp. 30-31. Apoyando la tesis de Ferrer, en forma explícita o implícita véase AVILÉS, L. 2004. *op. cit.* p. 183; TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* pp. 179-180; COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 27; GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 46.

¹²⁰⁶ FERRER, J. 2002. *op. cit.* pp. 92-93.

¹²⁰⁷ Las otras razones que no son expuestas acá porque han sido ya tratadas en otra parte de la memoria son las siguientes: “c) a que se han aportado al proceso elementos de juicio (sobre los que el juez basa su creencia) que han sido posteriormente rechazados por defectos formales o por haber sido obtenidos en violación de derechos fundamentales; d) a que la decisión está fundamentada en alguna presunción legal que no ha podido ser destruida por los elementos probatorios incorporados al proceso; e) a que el hecho es admitido por todas las partes como cierto y, por tanto, se da por probado, aun cuando el juez pueda no creer en su ocurrencia, y, finalmente, f) a que la decisión sobre los hechos probados obedece a la aplicación de alguna regla de prueba legal que predetermina el resultado de la decisión en lo que hace referencia a los hechos”. *Ibíd.* pp. 93-94.

¹²⁰⁸ *Ibíd.* p. 93.

¹²⁰⁹ *Ibíd.* p. 95.

[B] El juez puede contar con elementos de juicio que no fueron incorporados por las partes al proceso, respecto de los cuales está obligado jurídicamente a prescindir de ellos en la toma de la decisión¹²¹⁰. Al disponer de estas piezas de información, es evidente que puede existir una disociación entre lo que conforma su conjunto de creencias respecto de un determinado hecho (que por no provenir del aporte de las partes, son desconocidas incluso para ellos mismos) y lo que posteriormente declara como probado. Somos de la opinión que en este cúmulo de elementos extraprocesales que forjan la evolución de las convicciones se encuentran, por ejemplo, el conocimiento privado del juez. El saber privado de éste, según los autores, no lo autoriza a ser utilizado “como único soporte probatorio ni fundar una sentencia a partir de su conocimiento personal del tema debatido”¹²¹¹. En este sentido, el principio de contradicción que se espera que fluya de los elementos de prueba aportados y practicados por cada una de las partes, no puede ceder ante el conocimiento privado que posea el juez.

En definitiva, es posible - y deseable- que un tribunal se aparte de sus convicciones personales y decida aún en contra de ellas. Es más, las convicciones en sede judicial podrían producirse o no, independiente de los hechos que el juez haya declarado como probados¹²¹². En esto, como veremos en la parte final de esta memoria, el estándar de prueba es trascendental¹²¹³.

[C] Las creencias son independientes del contexto en el que se produce la decisión judicial. En efecto, si uno es consecuente con aquellas, como enseña Ferrer, “en un momento cualquiera ‘t’ podemos creer que ‘p’ o no creerlo, pero no podemos creer que ‘p’ con relación a un contexto 1 y creer que ‘no-p’ con relación a un contexto ‘2’”¹²¹⁴. Por el contrario, por definición, la actividad probatoria que se despliega de cara al proceso judicial es siempre relativa al contexto en el que se produce la prueba.

¹²¹⁰ *Ibid.* p. 93.

¹²¹¹ CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 55. En el mismo sentido, FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 42; FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 5; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 363.

¹²¹² FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 30.

¹²¹³ A modo de avance, Laudan explica la relevancia de una regla de estándar de prueba objetivo en el juicio penal que haga irrelevante la confianza subjetiva que tenga el jurado en la culpabilidad del acusado: “Si los jurados pueden comprender (como obviamente hacen) que el requerimiento de la prueba debe triunfar sobre sus creencias privadas en lo que concierne a la culpabilidad, también pueden aprender seguramente que sus creencias privadas acerca de la inocencia tendrán que ceder igualmente ante un EdP plausible”. LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 109.

¹²¹⁴ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 31. En otra de sus obras, FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 98 Ferrer. Modificando el ejemplo clásico que da Ferrer por uno propio, una persona no podría definirse como hincha acérrimo de Colo-Colo en función de si lo pregunta un amigo (contexto 1) o si se lo pregunta un gerente en una entrevista de trabajo de la empresa Azul Azul S.A. (contexto 2). Si en alguno de los dos sentidos la respuesta varía, se estaría mintiendo y no siendo consistente con las convicciones.

En síntesis, la verdad de una proposición no puede depender de las creencias del sujeto que las emite, porque solo los actos voluntarios pueden justificarse, y por lo tanto, ser controlados racionalmente¹²¹⁵.

Al contrario, una relación *teleológica* entre prueba y verdad que pueda ser compatible con la teoría cognoscitiva de la prueba analizada anteriormente, es apropiada para descartar una actitud proposicional como la que fue presentada. Los caminos trazados para ello no han sido uniformes. En efecto, una vez superada la tesis que establece una relación *conceptual* entre prueba y verdad, una parte de la doctrina procesal propuso la asunción de algunas alternativas dogmáticas que pudieran superar la misma. Entre estas, se destacan las siguientes¹²¹⁶: A) Prueba como fijación de los hechos (“se sostiene que la finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de su relación con lo ocurrido”¹²¹⁷); B) Prueba como convicción del juez acerca de los hechos (“la prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto de unos datos procesales determinados”¹²¹⁸); C) Prueba como certeza del juez acerca de los hechos (“la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes”¹²¹⁹)

Como apuntamos precedentemente, todas estas tesis que pretendían evolucionar dogmáticamente en comparación a las que se nutren de la relación *conceptual* entre prueba y verdad, confluyen en el mismo mal endémico denunciado. En efecto, tanto en A), como en B), como en C), está probado lo que el juez en su fuero íntimo considera probado¹²²⁰. De esta manera, las propuestas igualmente decantan en el mismo vicio de subjetividad que una relación *teleológica* con esfuerzo intenta conjurar. Recordemos que para una tesis teleológica, los enunciados probatorios tienen un marcado carácter relacional a la luz de los elementos de juicio que se encuentran disponibles para su

¹²¹⁵ Tampoco lo hace la actitud proposicional que vincula al enunciado “está probado que *p*” con el conocimiento de *p*, puesto que como explica Ferrer, a pesar de establecer un mecanismo de control de la decisión judicial en favor de los terceros, sigue considerando que la creencia del juez en *p* es una de las condiciones que deben cumplirse para afirmar el conocimiento de *p*. FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 101.

¹²¹⁶ *Ibid.* pp. 73-77.

¹²¹⁷ *Ibid.* p. 73.

¹²¹⁸ *Ibid.* p. 74.

¹²¹⁹ *Ibid.* p. 76. Ferrer destaca aquí que no es posible identificar nítidamente una diferencia entre la convicción y la certeza. En su opinión, ambas son dos maneras de decir prácticamente lo mismo, es decir, de vincular a la prueba con consideraciones subjetivistas del juzgador. Más adelante en su obra hace equiparable el convencimiento a la convicción, la creencia y la certeza. En Rubén A. Chaia se despeja cualquier duda respecto de esta igualación conceptual: “Certeza significa ‘un ser visto’, ‘percibido’, de *certum* o *cernere*. Es el grado de conocimiento ‘fuera de toda duda razonable’ acerca de la conformidad de las ideas con los hechos que se consideran, en otras palabras, es la convicción de que se conoce la verdad”. CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 163. Otra definición de certeza puede ser encontrada en Mittermaier: “la certeza es el estado de entendimiento que tiene los hechos por verdaderos después de rechazar victoriosamente todos los motivos contrarios”. TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 312.

¹²²⁰ La única ventaja de estas propuestas es que para sus efectos explicativos no necesitan incurrir en clasificaciones inválidas en torno a las clases de verdad (a pesar de que el mismo Ferrer puntualiza de que la tesis A) es congruente con la adopción de una concepción formalista de la verdad. FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 76.

comprobación¹²²¹. Sólo así es posible sortear la objeción de que se declare probado un enunciado sobre los hechos que terminan en lo sustantivo siendo falsos, y concluir igualmente que la decisión está plenamente justificada en términos de racionalidad¹²²². La manera en que esto funciona se verá en el acápite siguiente.

3.2.2.2. ¿Qué significa la acepción “está probado que p”?

Bajo una relación teleológica, ¿qué significa el enunciado “está probado que p”?

“P” corresponde a una proposición fáctica relativa a un hecho que acontece en el mundo. Normalmente este enunciado está ligado a la responsabilidad penal que a “X” le corresponde por la comisión y participación culpable del delito “Y”.¹²²³ Si ocupamos la misma nomenclatura y la proyectamos al escenario cautelar que es nuestro objeto de estudio, diríamos lo siguiente:

“P” corresponde a una proposición fáctica relativa a un hecho, cual es que en contra de “X”: (1) existen antecedentes que justificaren la existencia del delito “Y” que se investigare; (2) existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito “Y” como autor, cómplice o encubridor y (3) existen antecedentes calificados que permiten justificar la necesidad de cautela “Z”.

Entonces, para decir que *p* (entendiendo aquí por *p*, las condiciones copulativas que deben concurrir para satisfacer la resolución que decreta la prisión preventiva) está probado, es imprescindible diferenciar previamente dos enunciados que parecen ser similares pero que no lo son. Una cosa es que *p* esté probado y otra diametralmente distinta es que *p* sea tenida por probada por el juez¹²²⁴. En la primera, basta con que se cuente con elementos de juicio disponibles en el expediente judicial que prueban *p* y que sean suficientes para probar *p* (condiciones que no son insignificantes ni fáciles de obtener). En la segunda, en cambio, podrían no encontrarse presentes los elementos de juicio, o estando presentes, no ser suficientes, y a pesar de ello contar con la convicción subjetiva del juez de que *p* está probado. En la primera, la prueba de *p* es capaz de escindirse del convencimiento subjetivo de *p*; en la segunda, en cambio, la prueba de *p* puede llegar a soslayarse si es que pervive aún la creencia psicológica en torno a *p*. Para una *tradición racionalista de la prueba*, la primera acepción es procesalmente relevante y la que debe ser objeto de contradicción por parte las partes; la segunda, en cambio, no tiene sentido procesal.

¹²²¹ *Ibíd.* p. 77; GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 94.

¹²²² ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* p. 6.

¹²²³ VALENZUELA, J. 2015. *op. cit.* p. 134.

¹²²⁴ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 37.

Dicho lo anterior, una perspectiva teleológica entre prueba y verdad nos lleva a aseverar que la asunción del enunciado “está probado que p ” solo puede ser anunciado cuando “hay elementos de juicio suficientes a favor de p ”¹²²⁵. Solo los elementos de juicio disponibles, es decir, los medios de prueba aportados por las partes al proceso judicial pueden corroborar o dar un apoyo suficiente a la existencia de p , a pesar de que p no sea siempre verdadera¹²²⁶. Luego, dado que los elementos de prueba son relacionales, si varía el conjunto de estos elementos disponibles, van a variar también las conclusiones probatorias que de ellos se extraigan en torno a p ¹²²⁷. Ahora, ¿cómo negamos el enunciado “está probado que p ”? Al respecto, Ferrer expone dos formas: (i) negación interna (“está probado que $no-p$ ”), vale decir, afirmar la proposición contraria de que no concurre en contra de “X” los elementos designados más arriba como (1), (2) y (3); (ii) negación externa (“no está probado que p ”), vale decir, negar que se encuentre probado en contra de “X” los elementos designados más arriba como (1), (2) y (3) (esta última estrategia de negación no alcanza a adentrarse en el conflicto de si acaso ocurrió o no ocurrió p , solamente explícita que no existen elementos de juicio suficientes a favor de p ¹²²⁸). Solo una concepción racional de la prueba como la descrita precedentemente puede justificar la constelación de casos en que un tribunal declara probados determinados enunciados fácticos sobre los hechos que discrepan con las propias creencias asumidas por el tribunal¹²²⁹.

Ahora bien, ¿concluir que p esté probado significa que p es necesariamente (o siempre) verdadero?

No. Para la comprensión de esta respuesta debemos acudir a una nueva distinción elaborada por el mismo Ferrer: *ser verdadera y ser tenida por verdadera*¹²³⁰. La proposición p sólo será verdadera en la medida que el enunciado que contiene a p , vale decir, “está probado que p ”, se corresponda con el mundo exterior¹²³¹. Empero, una cuestión diferente es que el juez tenga que considerar a p como verdadera (puesto que hay elementos de juicio disponibles en el expediente judicial que indican que así sea), aunque no se corresponda con lo que es p en el mundo real¹²³². Esto significa entonces que si por p entendemos que existen elementos de prueba suficiente en el proceso

¹²²⁵ *Ibíd.* p. 37.

¹²²⁶ *Ibíd.* p. 38.

¹²²⁷ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 31.

¹²²⁸ FERRER, J. 2002. *op. cit.* pp. 40-41. En el mismo sentido Taruffo: “(...) y *no está probado* si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad”. TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* p. 176.

¹²²⁹ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 37; FERRER, J. 2003. *op. cit.* pp. 30-31.

¹²³⁰ Lo que no es otra cosa que advertir la diferencia entre “que esté probado p ” y que el juez “haya tenido por probado p ”. FERRER, J. 2002. *op. cit.* pp. 82, 109. Lo mismo es sostenido por Juan Antonio García Amado desde el criterio de un estándar de prueba, que veremos más adelante: “(v) La declaración de probado H no puede ser equiparada a verdadero H , pues probado H sólo supone que la convicción o probabilidad de la verdad de H rebasa el estándar jurídicamente requerido en ese campo del Derecho”. GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 50.

¹²³¹ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 83.

¹²³² *Ibíd.* p. 83.

judicial en favor de (1), (2) y (3) (que son las condiciones que deben verificarse para que se decrete la prisión preventiva), el juez está obligado a tener a p como verdadera, y por lo tanto, a incorporar dicha proposición dentro de su razonamiento decisorio cautelar (aunque sea falso que realmente existen antecedentes que justificaren la existencia del delito, que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor y que existen antecedentes calificados que permiten justificar la necesidad de cautela).

Como se aprecia, nuevamente se pone el énfasis en la relevancia de los elementos de juicio que justifican p , y no en la verdad relativa de p . Todo esto, dejando al margen las creencias personales que tenga el tribunal acerca de la proposición que el mismo declara como verdadera¹²³³, que como hemos visto, devienen en irrelevantes¹²³⁴ (aunque ciertamente sería deseable que lo declarado como verdadero coincidiera además con lo que se cree¹²³⁵). En este sentido, se puede predicar como verdadera la hipótesis fáctica de la parte que sugirió decretar la prisión preventiva sólo cuando existan medios de pruebas disponibles suficientes a favor de la hipótesis de prisión preventiva, que permiten tenerla por probada¹²³⁶, ergo, como verdadera¹²³⁷ o *acceptable*¹²³⁸.

La actitud proposicional que asimila el enunciado “está probado que p ” a la *aceptabilidad* de p conlleva algunas ventajas comparativas que las otras actitudes proposicionales no tienen. La primera, es que la *aceptabilidad* lleva inserto un contenido volitivo sobre el cual pueden deslizarse razones de

¹²³³ Esto trae consigo otro conjunto de problemas que enseña Ferrer y que no serán desarrollados, v. gr., “Vale la pena señalar que la decisión de no tener por verdadera la proposición p no debe confundirse con la decisión de tenerla por falsa”. *Ibid.* p. 83.

¹²³⁴ “Para que H pueda ser correctamente declarado probado en el proceso judicial en cuestión, *el pleno y honesto convencimiento de la verdad de E^H ni es condición suficiente ni es condición necesaria*”. GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 75.

¹²³⁵ A pesar de las críticas que deslizamos en el capítulo II en contra del realismo como una corriente de motivación de las decisiones judiciales, Accatino les reconoce un aporte sustantivo: “Si bien los realistas no se ocuparon en definir cómo debía ser una buena o suficiente justificación, creo que sí dejaron planteada una pregunta relevante para quien emprenda esa tarea: (...) ¿Es deseable que exista coincidencia entre los motivos causales de la decisión y las razones justificatorias expuestas al público a través de la fundamentación de la sentencia?”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2002. *op. cit.* pp. 22-23.

¹²³⁶ Nótese que aún queda vigente la posibilidad de que los medios de prueba disponibles en realidad no existan (o sean débiles, de baja calidad, etc.), o viceversa, es decir, que existiendo medios de prueba disponibles no se hayan tomado en cuenta, por cualquier razón. Esto solo viene a confirmar que la fuente de errores es inagotable y que la falibilidad judicial es algo que difícilmente puede desaparecer.

¹²³⁷ Con lo expuesto, se rechazan las tesis que hacen equivalentes el enunciado “está probado que p ” con “es verdad que p ” o “el juez ha establecido que p ”. La primera, porque hace sinónimos prueba y verdad, y vuelve ineficiente todo lo que hemos venido diciendo sobre la prueba como mecanismo de averiguación de la verdad; la segunda, porque reduce la prueba de p a la convicción interna que el juez tenga de p , lo que supone aceptar la premisa de que el juez nunca se equivoca, porque nunca podría ser errónea las creencias que habitan en su estado psicológico mental (solo le corresponden a él) y las que desde luego son inaccesibles, ergo, no susceptibles de refutación y control. FERRER, J. 2002. *op. cit.* pp. 31-37. Marina Gascón apoya la idea de que la prueba de una hipótesis fáctica es equivalente a aceptarla como verdadera. GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 128; GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. *op. cit.* p. 149.

¹²³⁸ “[...] alguien acepta un enunciado cuando decide proceder o actuar como si fuera verdadera, con independencia de si cree o no que el enunciado es verdadero” (ULMANN-MARGALIT y MARGALIT, 1992, p.176)”. FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 84.

justificación en favor de ellas¹²³⁹. Cuando las partes discrepan con las razones de justificación debidamente expresadas, podrán impugnar la decisión por los mecanismos procesales que provee la ley en tanto aquella no adquiere firmeza. En este sentido, valiéndonos otra vez de la estructura de Ferrer, podría argumentarse por ejemplo, que el Juez de Garantía *aceptó* que *p* (los presupuestos copulativos sobre los que se decreta la prisión preventiva), pero que en realidad *p* (la prisión preventiva) no estaba probado, según los medios de prueba disponibles en la audiencia cautelar¹²⁴⁰. La segunda, es que la noción de *aceptabilidad* tiene implicaciones prácticas, una de las cuales es que confirma que cualquier decisión judicial es dependiente del contexto en la que se difiere¹²⁴¹. En este caso, el contexto es relativo a los elementos de juicio suficientes a favor de la proposición que se declare probada y que se tiene por aceptada, vale decir, *como si fuera verdadera*¹²⁴², en el razonamiento decisorio.

De cuanto se ha expuesto, se puede concluir que lo que adquiere valor en concreto en el sistema jurídico es que el juez a través de los elementos de juicio que tiene a su disposición pueda declarar determinadas hipótesis sobre los hechos como verdaderas o aceptables, aunque no siempre se correspondan con la realidad, ni mucho menos con lo que aquel piensa internamente sobre la verdad de la premisa fáctica seleccionada¹²⁴³. De otro modo, el sistema procesal nunca podría funcionar y estaría condicionado a pervivir en una permanente inercia jurídica, porque siempre estaríamos a la espera de que cada decisión que pronunciara el juez sobre una proposición fáctica, sea siempre y necesariamente verdadera, lo que es una cuestión fácticamente imposible debido a todas las dificultades que hemos venido explicando en las secciones anteriores. Parafraseando a Ferrer: “la verdad de una proposición es una exigencia demasiado fuerte para que pueda considerarse que la proposición está probada”¹²⁴⁴.

A. Momentos procesales de la actividad probatoria

Todavía no es posible colegir del proceso judicial si los elementos de juicio están disponibles, si estos son suficientes o si una proposición fáctica sobre la prisión preventiva debe tenerse como verdadera, ni menos establecer que la proposición que se ha declarado probada es aceptable, si en el

¹²³⁹ Se acepta el enunciado probatorio por los elementos probatorios que lo justifican: “(...) no es algo que *le ocurra*”. *Ibid.* p. 102.

¹²⁴⁰ “Podrá decirse, en fin, que el juez consideró probado (aceptó) que *p*, pero que en realidad *p* no estaba probado (su aceptación no estaba justificada), dados los elementos probatorios existentes en el expediente judicial”. *Ibid.* p. 104.

¹²⁴¹ *Ibid.* p. 103.

¹²⁴² *Ibid.* pp. 109-110. En el mismo sentido, GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 48.

¹²⁴³ Todavía no queda claro a que se refiere Ferrer cuando afirma que su posición no elimina por completo el peligro asociado a la noción subjetivista de la prueba, y que solo podrá descartarse en forma definitiva cuando se disponga de “criterios externos a la decisión del propio juez que permitan evaluar su corrección”. FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 87 (esta idea la había anticipado en unas páginas antes. *Ibid.* p. 77). Preferimos entender a algo externo no como algo necesariamente a extramuros del sistema jurídico, sino como algo que puede provenir de éste, como sería en nuestra opinión, diseñar una regla de estándar de prueba cautelar que establezca la suficiencia de la proposición que se declara probada para que pueda tenerse como aceptable.

¹²⁴⁴ *Ibid.* p. 101.

mismo proceso no se ha desplegado antes el ejercicio de la actividad probatoria. Por *actividad probatoria* entendemos aquellas operaciones que se ejecutan dentro del espacio permitido por la legislación procesal y que en conjunto funcionan como fuente de conocimiento epistémico a través de los distintos momentos de la formación del cuadro probatorio. Los momentos sucesivos de la actividad probatoria son tres¹²⁴⁵:

1. Conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas: Este es el momento más específicamente jurídico de la prueba judicial, el que consiste en conformar y seleccionar un subconjunto de elementos probatorios que son admisibles para confirmar o refutar las hipótesis fácticas que se encuentran en conflicto extraídos de la totalidad de los elementos probatorios disponibles aportados por las partes¹²⁴⁶. Es aquí donde entran en juego las reglas analizadas sobre la inclusión o exclusión de pruebas (de hecho, es aquí donde se pone en práctica uno de los elementos que compone el derecho a la prueba en la elaboración conceptual de Ferrer: “*derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión*”¹²⁴⁷) y donde también la regla de presunción de inocencia funciona en su dimensión de regla de prueba¹²⁴⁸.

2. Valoración de los elementos de juicio o pruebas: Este es el momento más específicamente racional de la aplicación de la prueba judicial donde prevalece el valor epistémico por excelencia del proceso, es decir, el de la averiguación de la verdad¹²⁴⁹. La valoración de la prueba, visto desde el sistema de libre valoración vigente en el modelo procesal chileno, consiste en “evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis o a su contraria”¹²⁵⁰. En la interpretación de Marina Gascón, la valoración libre y racional de la prueba significa “evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera”¹²⁵¹. Es aquí donde el juez tiene la libertad para asignar el peso probatorio que tiene un determinado medio de prueba en función del apoyo que entrega a una determinada hipótesis sobre los hechos¹²⁵².

¹²⁴⁵ La distinción de estos tres momentos procesales obedece a una caracterización que hace Ferrer de la actividad probatoria. A su turno, Accatino distingue dos momentos analíticos de la valoración de la prueba: el primero es el de la valoración en sentido estricto; el segundo, en cambio, corresponde a la decisión específica sobre la suficiencia de la prueba. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. *op. cit.* pp. 351-352.

¹²⁴⁶ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 41-42; FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 5.

¹²⁴⁷ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 28.

¹²⁴⁸ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 109.

¹²⁴⁹ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 47.

¹²⁵⁰ *Ibíd.* p. 46; FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 8; FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 67. En el mismo sentido, ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. *op. cit.* p. 351; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 485.

¹²⁵¹ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 129.

¹²⁵² STEIN, A. 2013. *op. cit.* pp. 250-253. Stein establece que la probabilidad se determina sobre la base de la prueba, pero que la *suficiencia* de la misma se determina sobre la base del peso probatorio (la prueba no tiene peso en sí mismo). En esto último la regla del estándar de prueba es trascendental. Por su parte, Jorge Larroucau explica dos acepciones para la noción de

Ahora bien, una correcta comprensión del modelo de la libre valoración significa que éste no está sujeto a reglas legales que *ex ante* predeterminen el peso o la eficacia probatoria que aportará cada medio de prueba individualmente considerado. Por otro lado, no significa que la apreciación libre de la prueba se realice en ausencia absoluta de límites y de controles externos, a la usanza de una libertad omnímoda, porque esto conduciría a la arbitrariedad subjetiva judicial¹²⁵³. Por el contrario, las únicas reglas a las que debe apegarse el ejercicio libre de valoración del juez penal son los criterios generales de la epistemología, la racionalidad empírica y la lógica¹²⁵⁴.

Por otro parte, el resultado probatorio de la valoración debe ser medido en cuanto a la evaluación que se haga en forma individual y en conjunto de los elementos probatorios en conexión con las conclusiones probatorias¹²⁵⁵. Para simplificar, la valoración individual (esquema *atomista*) significa, en términos generales, establecer un análisis particular y exhaustivo de cada uno de los medios de prueba individualmente considerados y de cada una de las inferencias que pueden extraerse de ellos¹²⁵⁶, de manera que se pueda determinar el grado de apoyo que ellos diferenciadamente entregan a una versión específica de los hechos¹²⁵⁷. Por su parte, la valoración conjunta de todos los elementos de prueba relevantes (esquema *holista* o globalizador¹²⁵⁸) dice relación con establecer el grado de corroboración, confirmación o apoyo inductivo que aportan la globalidad de los elementos de juicio integrados todos en una narración internamente coherente (aquí se evalúa la riqueza que componen los elementos de prueba analizando exhaustivamente su cantidad, calidad y variedad¹²⁵⁹). En síntesis, un modelo *atomista* de valoración y fundamentación de los hechos probados reduce el riesgo de error en el que puede incurrir la aplicación exclusiva del modelo *holista*, en la medida que como dice Accatino, “no es posible asegurar que lo que se predica del todo (la suficiencia de las pruebas respecto del relato global) sea predicable respecto de cada una de las partes (la suficiencia de las pruebas respecto de cada elemento principal del caso)”¹²⁶⁰. Para ser claros, sólo una vez que se han

“peso probatorio”: (i) sensu amplio: validez predictiva; (ii) sensu restringido: confiabilidad de la prueba. Creemos que ambos sentidos pueden ser aplicables a los efectos de este momento procesal. LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 793.

¹²⁵³ TAVOLARI, R. 1998. *op. cit.* p. 49; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 401-402.

¹²⁵⁴ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 45; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 357-358.

¹²⁵⁵ FERRER, J. 2002. *op. cit.* p. 49; FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 29; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 425-426.

¹²⁵⁶ “(...)”, en primer lugar, porque la conexión inductiva que a través de una generalización empírica se establece entre un dato probatorio y una conclusión sólo puede ser examinada críticamente si es referida a una proposición singular (...) Pero además la diferenciación analítica de las proposiciones probatorias es necesaria para garantizar que todos y cada uno de los elementos del caso genérico previsto por las normas jurídicas relevantes como condición de su aplicación estén presentes (...). ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* p. 15; V.t. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* pp. 505-506.

¹²⁵⁷ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* pp. 4-5.

¹²⁵⁸ Accatino explica algunas condiciones que debe cumplir la valoración global de un relato sobre la premisa fáctica: “(...)”: a) ser internamente consistente; b) ser verosímil (...); c) ser explicativamente coherente con las pruebas aportadas al proceso (...). ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* p. 12.

¹²⁵⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 12. Podemos notar una conexión explícita entre la concepción de prueba como relato persuasivo y la valoración global de la misma como coherencia narrativa, al mismo tiempo que esta última aumenta la convicción subjetiva que tiene el tribunal sobre la prueba y decisión sobre un hecho.

¹²⁶⁰ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* pp. 15-16.

valorado individualmente las pruebas, podrá recién metodológicamente hacerse una valoración global de las mismas¹²⁶¹.

Como apuntamos en el capítulo II, de la relación lógica que fluye de las disposiciones legales entre el artículo 297, el artículo 342 letra c) y el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, se concluye que el modelo procesal chileno adoptó un esquema completo, integral y *analítico* de fundamentación, cuyo propósito es constatar la racionalidad de una cadena de inferencias que pueda idóneamente conectar a los elementos probatorios disponibles -individual y conjuntamente valorados- con una justificación plausible de una determinada declaración de hechos probatorios.

Finalmente, es en este momento procesal donde actúa el tercer elemento desagregado del derecho a la prueba: “*derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas*”¹²⁶². También es aquí donde opera la presunción de inocencia en su faceta como regla de prueba¹²⁶³.

3. Adoptar la decisión sobre la prueba de los hechos: este es el momento donde actúa la regla de *estándar de prueba*. Una vez que se extraiga el resultado probatorio que aporta un conjunto de elementos probatorios disponibles a través de la valoración racional de los mismos en favor de una determinada hipótesis sobre los hechos, vale decir, el grado de confirmación que tiene una determinada hipótesis fáctica¹²⁶⁴, el *estándar de prueba* cumplirá la función de indicar aquel umbral de suficiencia que debe ser superado para concluir que dicha hipótesis se encuentra debidamente probada¹²⁶⁵. Recién aquí el tribunal puede determinar cuándo está justificado aceptar (o no) una determinada aserción fáctica y proceder a tomar una decisión racional sobre los hechos. Cabe destacar que es en este momento donde la regla de presunción de inocencia funciona en su vertiente como regla de juicio¹²⁶⁶.

Conviene insistir en que aún queda pendiente establecer el criterio racional de *suficiencia* que funcionara como pauta normativa de corrección para declarar o tener por probado, verdadero o aceptable una determinada hipótesis fáctica sobre la prisión preventiva. Esto es lo que nos proponemos plantear en la última parte de este capítulo.

¹²⁶¹ FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 29; TARUFFO, M. 2005. *op. cit.* p. 125. Ignacio Castillo Val ha criticado en su texto el modo deficitario de operar del razonamiento probatorio de la valoración individual y global de la prueba en la diligencia de reconocimiento. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 276.

¹²⁶² FERRER, J. 2003. *op. cit.* p. 28.

¹²⁶³ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 109.

¹²⁶⁴ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 47; FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 9. En el mismo sentido, BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 457.

¹²⁶⁵ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. *op. cit.* p. 352.

¹²⁶⁶ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 109.

3.2.2.3. A modo de excursio: ¿Es posible discurrir sobre la actividad probatoria en un estadio procesal anterior al de la etapa de juicio oral?

Esta interrogante presenta algunas complejidades y ribetes dogmáticos que requieren de un mayor rigor analítico que lo que podemos desarrollar en este lugar, entendiendo que esta memoria de grado se circunscribe específicamente en la reflexión teórica sobre la posibilidad (o imposibilidad) de construir una regla de estándar de prueba en sede cautelar penal. Ahora bien, si queremos ser consistentes con lo que hasta aquí hemos desarrollado y si nuestra intención es cerrar en forma coherente la dirección que ha seguido este trabajo, nos está vedado omitir algunas consideraciones no desdeñables de esta atrayente discusión. En efecto, no podemos aproximarnos a los términos de la discusión sobre un estándar de prueba cautelar cuya funcionalidad es establecer las condiciones acerca de cuándo se puede justificar que se encuentra suficientemente probada (o se concluye como verdadera) una determinada hipótesis de hecho en el proceso (aquí, la hipótesis de aquella parte acusatoria que alega la imposición de la prisión preventiva), si antes no admitimos la posibilidad de que dicha hipótesis fáctica pueda efectivamente ser demostrada o corroborada a la luz de los elementos probatorios disponibles con los que se cuentan en un estadio preliminar del iter procesal.

La imagen jurisdiccional que queremos reflejar para ilustrar este punto del debate es la que se presenta en una audiencia típica de discusión de prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público o el querellante en la etapa de la investigación o de preparación de juicio oral¹²⁶⁷. Para fundar su solicitud, hemos revisado anteriormente que el artículo 140 del Código Procesal Penal exige que el solicitante *acredite* que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga¹²⁶⁸.

¹²⁶⁷ Descartamos la hipótesis legal de que pueda solicitarse en audiencia de juicio oral porque normalmente los imputados por delitos graves que tienen asignada pena de crimen llegan a la fase de enjuiciamiento encerrados preventivamente, o en su defecto, en dicha etapa procesal solamente se disponen a discutir una revisión formal de la medida cautelar personal ya concedida.

¹²⁶⁸ En el sistema del *common law* se suele adscribir a la carga de la prueba dos posibles sentidos: carga de persuasión y carga de presentar pruebas. El sentido que aquí utilizamos es la de carga de presentar evidencia (carga de proceder), vale decir, es la parte acusadora la que está obligada a presentar evidencia para fundar la solicitud de prisión preventiva. A la defensa no le está vedado presentar su propia evidencia, sobre todo en aquellos casos en que este tipo de carga se transfiere hacia su parte (la carga de persuasión, según Roy Robert Ray y los fallos de la Corte de Texas, nunca se transfiere y permanece inmóvil). Ocupar el primero de los sentidos sería inexacto, toda vez que supondría dejarse llevar por la reminiscencia de la presunción de inocencia como regla de prueba, la que como vimos en un apartado del capítulo II, actúa en estricto rigor en un momento posterior al que estamos estudiando, es decir, actúa de cara a agrupar los requisitos necesarios que permitan fundar una

Buena parte de la doctrina procesal considera que los antecedentes que invocan los intervinientes para justificar la solicitud de prisión preventiva no se tratan de elementos de prueba, sino más bien, de actos de investigación preliminar ejecutados por los fiscales, la policía o privadamente por la solicitud de las diligencias de investigación de la parte querellante. Según este sector mayoritario, las notas diferenciadoras que contrastan ambas clases de elementos son las siguientes:

1. Los actos de prueba, para ser reputados de tal, requieren del cumplimiento copulativo de los siguientes requisitos: “uno objetivo, consistente en la contradicción, y otro subjetivo, por cuanto la prueba ha de estar intervenida por un órgano jurisdiccional”¹²⁶⁹. En cambio, los actos de investigación no cumplirían con estas exigencias.

2. Los actos de prueba sirven de apoyo a las afirmaciones que las partes vierten sobre el acaecimiento de un determinado hecho. Es decir, son un acto de verificación de las proposiciones fácticas¹²⁷⁰. En cambio, los actos de investigación se realizan antes que las partes hayan establecido cualquier tipo de proposición fáctica sobre los hechos. Antes bien, están encaminados a indagar la existencia de un hecho¹²⁷¹, razón por la cual se los dota de un valor informativo e instructivo. En este sentido, no podrían recaer dichos antecedentes sobre un objeto de prueba que aún no se ha determinado¹²⁷².

3. Los actos de prueba que hubieren de servir de base a la sentencia definitiva, conforme a nuestra codificación procesal, ha de ser rendida durante la audiencia de juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley (prueba anticipada¹²⁷³). Una afirmación categórica en esta línea es la de López y Horvitz: “la prueba en el proceso penal únicamente tiene lugar en la etapa de juicio oral”¹²⁷⁴ (aunque también reservan la nomenclatura de acto de prueba para aquellas actos que se realizan desde la etapa intermedia, que es la oportunidad procesal donde los elementos probatorios se proponen¹²⁷⁵). En cambio, los actos de investigación son acumulados en su mayoría en una etapa administrativa y desformalizada, por ende, la oportunidad procesal en donde se realizan y recogen los

sentencia condenatoria que desvirtúe la presunción de inocencia. RAY, R. R. 1934. *op. cit.* pp. 1-3. En el mismo sentido, VALENZUELA, J. 2013. *op. cit.* pp. 15-16.

¹²⁶⁹ MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo II. *op. cit.* p. 761.

¹²⁷⁰ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* pp. 65-66.

¹²⁷¹ BENAVENTE CHORRES, H. 2009. *op. cit.* p. 74.

¹²⁷² MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo II. *op. cit.* p. 761.

¹²⁷³ Artículo 296 del Código Procesal Penal: “La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley. En estos últimos casos, la prueba deberá ser incorporada en la forma establecida en el Párrafo 9° de este Título”. Este precepto legal está íntimamente relacionado con el inciso 2° del artículo 340 del Código Procesal Penal: “El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000.

¹²⁷⁴ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* p. 65.

¹²⁷⁵ *Ibid.* p. 69.

antecedentes es en una fase preliminar de la investigación, la que a la postre preparará adecuadamente el juicio oral¹²⁷⁶.

4. Los actos de prueba dado que se practican y rinden en la etapa de enjuiciamiento, tienen por finalidad formar la “convicción”¹²⁷⁷ o “certeza”¹²⁷⁸ en el tribunal de la responsabilidad penal del acusado. En cambio, los resultados que se desprendan de los actos de investigación deben ser suficientes para formar en un juez un “juicio de mera probabilidad o verosimilitud objetiva”¹²⁷⁹, máxime si lo que está en juego es la dictación de una medida cautelar personal como la prisión preventiva¹²⁸⁰. Como se puede apreciar, lo que subyace en forma implícita en esta distinción, es la aplicación diferenciada de una regla de *estándar de prueba* que varía según se justifique la suficiencia de una determina decisión judicial (en el primer caso, una decisión de condena o absolución; en el segundo caso, una decisión que conceda o deniegue una medida cautelar).

Otra manera de expresar esta divergencia, es decir que mientras los actos de investigación “tienen por objeto *justificar* las solicitudes hechas valer por las partes ante el juez de garantía, los segundos [actos de prueba] tienen por objeto *acreditar* o *probar* ante el tribunal del juicio oral las proposiciones de hecho que fundamentan la pretensión de absolución o condena”¹²⁸¹.

5. Los actos de prueba están rodeados de principios y garantías procesales (v.gr. principio de contradicción) que conforman y delimitan su ámbito de actuación. Los actos de investigación, en cambio, se rigen por directrices propias que no siempre tienen por objetivo velar por un interés de carácter procesal¹²⁸².

¹²⁷⁶ BENAVENTE CHORRES, H. 2009. *op. cit.* p. 74; MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo II. *op. cit.* pp. 761, 763; HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* p. 69. En general, la diferenciación tajante entre las oportunidades procesales en las que tiene lugar cada uno de los actos específicos se explica por el cambio de paradigma entre el modelo procesal inquisitivo a uno acusatorio. Recordemos que el primero estaba caracterizado porque en la etapa de sumario el juez que investigaba le asignaba un pleno valor probatorio a los antecedentes reunidos de cara al procesamiento y posterior juzgamiento. En este sentido coinciden los profesores Maturana, Montero, Horvitz y López.

¹²⁷⁷ Obsérvese que para los defensores de esta diferencia estructural, yacen aún los restos de una concepción subjetivista de la prueba judicial.

¹²⁷⁸ “Habitualmente, también, se señala que mientras los actos de investigación buscan persuadir al tribunal en grado de *probabilidad*, los actos de prueba buscan persuadirlo en grado de *certeza*”. HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* p. 76.

¹²⁷⁹ MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo II. *op. cit.* p. 762.

¹²⁸⁰ Cualquier otra resolución (distinta a la de una medida cautelar) que emita el juez de garantía en etapas preliminares también estaría fundado en actos de instrucción o investigación. HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* p. 68.

¹²⁸¹ *Ibid.* p. 76. Una idea similar es expresado por Leopoldo Llanos al señalar que los elementos que fundamentan la solicitud de prisión preventiva no deben ser expuestos conforme a las reglas que rige la presentación de la prueba en el juicio oral, toda vez que aquellos “sólo tienen por fin demostrar la seriedad y plausibilidad de las peticiones, pero no entrar a debatir sobre el fondo del asunto, lo que es propio del juicio oral”. LLANOS, L. 2003. *op. cit.* p. 72.

¹²⁸² CAROCCA PÉREZ, A. 2000. *op. cit.* p. 89; BENAVENTE CHORRES, H. 2009. *op. cit.* p. 74; MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo II. *op. cit.* p. 762.

6. Los actos de prueba tienen un nexo acentuado con el órgano jurisdiccional toda vez que es sobre su base que éste emite la decisión final sobre el juicio de hecho (no debe confundirse esta conexión con la proscripción al tribunal de ordenar o ejecutar de oficio actos de prueba que afecten su imparcialidad objetiva¹²⁸³). En cambio, los actos de investigación tienen un nexo con los órganos encargados de la persecución penal¹²⁸⁴, puesto que a través de ellos se llevan a cabo la práctica de actuaciones conducentes al esclarecimiento de los hechos con el objetivo de extraer información incriminatoria suficiente y útil que permita adoptar una estrategia procesal (solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, formular acusación o comunicar su decisión de no perseverar).

El paralelo teórico reseñado puede ser objeto de varias críticas con arreglo a la elaboración de argumentos sólidos que muestran algunos sofismas que -creemos- están asentados en la base del discurso procesal tradicional que sostiene decididamente que un acto de investigación no tiene eficacia probatoria. En lo que sigue expondremos algunas de las objeciones principales que pueden deslizarse en contra de los argumentos en que se nutre esta tesis predominante. Antes de ello, es preciso indicar que algunos de estos argumentos fueron rescatados de las fuentes bibliográficas consultadas y seminarios de discusión procesal a los que asistimos, otros, en cambio, los hemos ido creando por nuestra propia cuenta a medida que fuimos avanzando en el desarrollo y evolución de esta tesis. So riesgo de incurrir en una afirmación precipitada, imprecisa y equivocada, podemos situar la posición teórica que presentaremos dentro de una corriente doctrinaria que podemos denominar “minoritaria”, en el entendido que es un planteamiento que consideramos está -todavía-, en los albores de los acápites del debate procesal moderno, a lo menos, si tenemos presente el acervo que aquella ha tenido en la cultura jurídica chilena.

A. Argumentos para tener en cuenta

(i) En primer lugar, no es exacto afirmar que la exposición de los antecedentes de investigación que se exhiben en una audiencia cautelar de prisión preventiva no estén mediatizados por los principios informadores del proceso penal. Existe una intuición generalizada de que principios como la oralidad, publicidad, contradicción, intermediación, entre otros, sólo están reservados para ponerse en práctica en la audiencia de juicio oral (idea reforzada porque la enumeración y descripción de los principios señalados están consagrados legalmente en el párrafo que regula las normas del juicio oral¹²⁸⁵),

¹²⁸³ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* p. 75.

¹²⁸⁴ BENAVENTE CHORRES, H. 2009. *op. cit.* p. 74; HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* pp. 71-72. Nieva considera que el ejercicio de la actividad policial prescinde de la presunción de inocencia para ejecutar con éxito las diligencias de investigación en contra de los sospechosos, razón por la cual los antecedentes que se recaben en esa sede no pueden gozar de eficacia probatoria. NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* pp. 97-98.

¹²⁸⁵ Los principios del juicio oral están enunciados en el Libro II, Título III, Párrafo 2° del Código Procesal Penal chileno.

desconociendo que éstos son, ante todo, principios formativos que presiden el procedimiento penal en su totalidad, por ende, que tienen injerencia en cada una de sus fases¹²⁸⁶.

¿Acaso en una audiencia de prisión preventiva no se ven satisfechas por intermedio del debate las garantías del contradictorio, la publicidad y la oralidad entre las alegaciones del órgano persecutor, la parte querellante (si existiere) y la defensa del imputado? Al menos, para la jurisprudencia de la Corte Suprema no es rebatible que el principio de contradicción si se encuentra en vigor en la dictación de esta clase de resoluciones judiciales:

*“Sexto: (...) Si bien la pasividad de la defensa no exime al Juez de Garantía de su deber de examinar cuidadosamente la concurrencia de cada uno de los presupuestos legales necesarios para decretar la prisión preventiva, no puede ignorarse el rol fundamental que en un procedimiento adversarial se asigna al debate desarrollado por las partes ante el juez, sobre todo si éste toma conocimiento de la materia a través de las exposiciones orales de aquéllas en la audiencia, partes que en forma previa al debate han podido y debido examinar y estudiar materialmente todos los antecedentes investigativos de cargo reunidos hasta entonces, encontrándose por tanto mejor instruidas de los antecedentes que el propio tribunal, el que, como se ha dicho, se nutrirá principalmente de lo expuesto en el debate sostenido por los intervinientes, centrándose esencialmente en los asuntos controvertidos y no en los consensuados, sin perjuicio de las actuaciones y resoluciones oficiosas que el caso pueda ameritar”*¹²⁸⁷.

El principio de contradicción se ve aplicado con preeminencia en este tipo de debates, el que garantiza las posibilidades de ejercer otros derechos y garantías procesales (v.gr., derecho de defensa, derecho de prueba¹²⁸⁸) y que resulta clave como método de determinación de la verdad relativa de la proposición fáctica en competencia en torno a la solicitud de la prisión preventiva. Cabe recordar que el principio de contradicción entre las partes es una forma de implementar un mecanismo de control *ex ante* del poder discrecional del juez y de la racionalidad de sus decisiones. En esto, la posibilidad de que las partes puedan aportar pruebas para confrontar previamente sus hipótesis de hecho sobre la

¹²⁸⁶ Así al menos lo considera Maturana y Montero (MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo I. *op. cit.* p. 306) y también lo afirman implícitamente Raúl Carnevali Rodríguez e Ignacio Castillo Val al señalar que los principios de la reforma procesal penal encuentran su máxima expresión en el juicio oral, pero no descartan que no se encuentren también en etapas previas a aquel. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* p. 78.

¹²⁸⁷ SCS: Rol N° 22.356-2004. [20 de abril de 2015]. Las cursivas son nuestras.

¹²⁸⁸ Téngase en cuenta que el principio de contradicción solo se puede garantizar mediante la oralidad y la inmediación bien entendida: “La inmediación sólo designa, junto a la oralidad y la contradicción, una técnica de formación de la prueba y su contenido específico consiste en requerir la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales, a fin de excluir la delegación en la recepción de la prueba (y la consiguiente mediación de algún sujeto distinto al tribunal, que elevará el riesgo de error en la transmisión de la información) y a asegurar el principio de contradicción, especialmente en el ámbito del interrogatorio y el contra-interrogatorio de testigos y peritos”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. *op. cit.* p. 355.

prisión preventiva frente al juez enriquece el debate cautelar y reafirma la vigencia del esquema de confirmación *per modus ponens* y de refutación *per modus tollens* en el que se edifica un modelo *cognoscitivo* de proceso internamente coherente¹²⁸⁹.

Conviene resaltar la opinión sostenida por el español Borrajo Iniesta (citado por el trabajo de Mercedes Fernández López), quien considera que producir y rendir prueba en el juicio oral no garantiza nada, dice el autor, “en la medida en que, de acuerdo con la praxi de nuestros tribunales, la línea divisoria entre actos de investigación y actos de prueba se encuentra muy difuminada y si se intentara separar con rigor unos y otros, nuestro sistema procesal ‘se hundiría, lisa y llanamente’”¹²⁹⁰.

(ii) En segundo lugar, tampoco es completamente cierto aseverar que no estamos asistiendo a un elemento de prueba dado que los antecedentes investigativos con los que se pretenden justificar la concurrencia de los presupuestos materiales de la prisión preventiva no han pasado previamente por el tamiz de un órgano jurisdiccional. Para ello, es menester tener en consideración que las diligencias de investigación que se llevan en contra de un imputado, la individualización de las mismas, el modo de proceder sobre ellas, el deber de registro de las mismas, etc., están reguladas exhaustivamente en la ley procesal penal. Es más, conforme a las disposiciones generales del Código de referencia, aquellas actuaciones que privare, restringiere o perturbare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, requiere una previa autorización judicial (artículo 9° del Código Procesal Penal), lo que da cuenta de la existencia de un mecanismo previo de control intenso sobre los antecedentes que fundan una investigación, cuya observancia deberá ser valorada luego en la audiencia cautelar respectiva.

A mayor abundamiento, en las causas que ingresan al sistema procesal penal pero que aún no han sido objeto de la formalización de la investigación, se puede autorizar por el Juez de Garantía la práctica de alguna diligencia sin conocimiento del afectado cuando el éxito de una determinada actuación de investigación así lo requiriere¹²⁹¹. Una cuestión divergente, pero que no contradice en nada lo expresado, es que conforme al modelo procesal de referencia que nos rige, los jueces con

¹²⁸⁹ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 542. La explicación sintetizada de este modelo es el siguiente: “Para ser aceptadas como verdadera, la hipótesis acusatoria no sólo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino que también debe prevalecer sobre todas las posibles hipótesis en conflicto con ella, que deben ser refutadas por *modus tollens*, según el esquema (*e*)”. *Ibid.* p. 151.

¹²⁹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *op. cit.* p. 238.

¹²⁹¹ Artículo 236 del Código Procesal Penal: “Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9° requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitada por el fiscal aún antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito. Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia”. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, 12 octubre 2000.

competencia penal no tengan facultades para dirigir u ordenar de oficio la práctica de determinadas diligencias de investigación, salvo algunas excepciones legales¹²⁹².

(iii) En tercer lugar, nos parece que considerar que los antecedentes investigativos que se presentan en una audiencia cautelar comparten rasgos propios con la naturaleza jurídica probatoria, no les quita en caso alguno su valor instructivo. Antes bien, confirma la idea de que los elementos probatorios son instrumentos de conocimiento de la verdad relativa sobre el juicio del hecho. En efecto, a mayor información disponible, mayor probabilidad de acercarnos a la determinación correcta de la cuestión fáctica que reside en la prisión preventiva. Una visión como la presentada pueda quizás explicar por qué un sector de la doctrina procesal mayoritaria que inicialmente niega la equiparación que se hace del acto de investigación al acto de prueba, más adelante se contradiga en sus propios términos al reconocer la finalidad inmediata que cumplen los primeros: “obtener los elementos probatorios que han de justificar las resoluciones que el juez de garantía debe adoptar durante la etapa de investigación”¹²⁹³. A renglón seguido agregan: “Las resoluciones que requieren ser justificadas con elementos probatorios recogidos durante la investigación son las medidas intrusivas y las medidas cautelares”¹²⁹⁴.

Comprender lo que hemos dicho en la dirección que aquí hemos trazado es una forma de darle mayor fuerza argumentativa a la concepción racional de la prueba y de la motivación de todas las decisiones judiciales. Una de las vías de las que nos podemos servir para demostrar la consistencia de la asunción de esta teoría es recabar en la historia de la institución cautelar. Como adelantamos en el capítulo II, la historia fidedigna del establecimiento de la ley que regula las medidas precautorias civiles consigna que los comprobantes que se ordenan acompañar para justificar a lo menos la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*), se trataban de elementos probatorios (la jurisprudencia civil ha interpretado explícitamente la locución “comprobantes” como “prueba”¹²⁹⁵), y no de simples antecedentes¹²⁹⁶. Si bien estamos hablando en sedes procesales dispares, podemos

¹²⁹² Como la reapertura de la investigación o la recomendación al Ministerio Público de la realización de algunas diligencias, post prestación de declaración del imputado como medio de defensa. HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* pp. 71-72.

¹²⁹³ *Ibid.* p. 76. En estricto rigor, esto es un pleonasma. Si consideramos que un antecedente de investigación sirve de indicio para obtener un elemento probatorio, lo que implícitamente se está afirmando es que todo elemento destinado a averiguar la verdad de los hechos tiene una naturaleza jurídica indiciaria (indirecta). Si el antecedente tiene valor indiciario, y toda la prueba es indiciaria, el antecedente de investigación es prueba. La distinción entre prueba directa e indirecta se verá acotadamente un poco más adelante.

¹²⁹⁴ *Ibid.* p. 76.

¹²⁹⁵ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. *op. cit.* p. 253. A mayor abundamiento, el autor explica que ya el Proyecto de 1875 al referirse a los casos graves y urgentes en que faltaren los comprobantes requeridos (actual artículo 299 del Código de Procedimiento Civil) prescribía que las medidas precautorias se concederían igual siempre que “se les presenta esa prueba”. *Ibid.* p. 254.

¹²⁹⁶ “En la doctrina chilena ANABALÓN observa que ‘no basta la sola voluntad del acreedor o demandante para acceder a las medidas precautorias por él solicitadas; es preciso, asimismo, que su petición envuelva un justo temor de verse burlado en sus

deducir que al menos estamos asistiendo a algunos signos de que la noción de prueba aplicable en un escenario cautelar no es tan extraña como pudiera sospecharse.

También otorga respaldo teórico a esta posición, poder identificar a algunos autores nacionales que al referirse a la solicitud de la medida de prisión preventiva lo hacen desde la perspectiva probatoria en la cual deben justificar los causales legales de procedencia¹²⁹⁷. Por ejemplo, Juan Carlos Marín al referirse a las fases sucesivas en las que se celebra una audiencia de discusión de prisión preventiva, señala que luego de que la parte requirente entregue los fundamentos en que se basa su pretensión cautelar, debe existir una fase de “*proposición de prueba*”¹²⁹⁸ en la que se adjunten “los elementos que sustente su petición”¹²⁹⁹. Sobre esta base el juez que conozca de la solicitud podrá justificar la resolución judicial que acoja o rechace la medida, de conformidad al artículo 143 del Código Procesal Penal. De la misma manera lo hacen los académicos Duce y Riego en su manual de derecho procesal penal, al describir hipotéticamente un caso en el que se debata la solicitud de prisión preventiva: “En el momento de demostrar la existencia del delito y las presunciones fundadas de participación, el fiscal describirá sucintamente los *medios de prueba* con que podría contar en un futuro juicio, señalará entonces que cuenta con la declaración de la víctima que da cuenta de la intimidación con un arma, de la apropiación del objeto robado y que reconoce al imputado como la persona que perpetró el hecho y que al detenerlo encontró las especies en su poder, *las que también le servirán como prueba*”¹³⁰⁰.

Debemos ser cautelosos en aquel pasaje en el cual los autores anteriores aluden a las pruebas con las que motivan la solicitud de coerción procesal y luego las proyectan hipotéticamente hacia el futuro del juicio oral. Recuérdese que con los datos probatorios con los cuales se pretende acreditar el presupuesto material de la prisión preventiva no estamos en caso alguno anticipando la decisión definitiva, la que puede ser completamente diferente a la emisión del juicio de hecho que se da en el

particulares derecho por parte del contendor y que así lo *compruebe al tribunal de una manera evidente*”. *Ibíd.* p. 251. Las cursivas son nuestras.

¹²⁹⁷ Ya en el capítulo II hicimos referencia a la concepción sostenida por Diego Dei Vecchi quien habla de “caudal probatorio” sobre el cual debe asentarse la hipótesis acusatoria, lo que entre nosotros sería la letra a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal. En el mismo sentido, podemos citar a Ángela Ledesma como otra autora extranjera que estima que para la dictación de “medidas coercitivas de prueba” (que entendemos están relacionadas en el texto redactado por la autora con algunas diligencias intrusivas de investigación) el presupuesto fáctico debe estar demostrado con un mínimo de pruebas. En un argumento *a minore ad maius*, si en un tipo de diligencia como ésta se habla de prueba, con mayor razón esta noción puede predicarse de una medida cautelar. LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 292.

¹²⁹⁸ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. *op. cit.* p. 42.

¹²⁹⁹ *Ibíd.* p. 43.

¹³⁰⁰ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 253.

juicio oral, principalmente, por los distintos *estándares de prueba* aplicables que en una y otra decisión se deberían exigir¹³⁰¹.

Como último ejemplo, el distinguido académico Juan Colombo Campbell, señala que son las “pruebas objetivas”¹³⁰² las que facultan a un tribunal para “privarlo de su libertad [el autor se está refiriendo al imputado], arraigarlo o someterlo a otras medidas cautelares preventivas, cuando se vaya demostrando en el proceso la existencia de simples sospechas, fundadas sospechas o presunciones graves de su participación en el hecho punible”¹³⁰³.

(iv) En cuarto lugar, para elaborar otro argumento sustentado en criterios de racionalidad que nos permita teorizar con seriedad la idea de que lo que se expone en la audiencia cautelar son efectivamente elementos de prueba, es preciso recapitular algunos elementos básicos de la tradición racional probatoria que explicamos latamente. Para ello, evoquemos la idea central de que la prueba jurídica es un medio idóneo con el cual podemos asignar un determinado grado de confirmación o de probabilidad a una proposición fáctica para considerarla justificadamente como verdadera. Si esto es así, no tiene asidero decir, por una parte, que los antecedentes de investigación sólo *justifican* las pretensiones cautelares y, por la otra, que constriñamos el concepto de prueba al modo de *acreditar* las proposiciones fácticas. La prueba para adquirir sentido, necesariamente tiene que moverse también en el contexto de justificación de la hipótesis cautelar. Ambas dimensiones (la de demostración y justificación probatoria) se entrelazan con solidez¹³⁰⁴.

B. Algunos comentarios y reflexiones adicionales

Estamos en presencia de un problema probatorio, independiente del momento procesal en el que surja, cuando no consta que un determinado hecho ocurrió (o no ocurrió) con un grado de probabilidad aceptable. Enseña Juan García Amado que existe una cuestión probatoria “precisamente porque en el proceso existe desacuerdo sobre si en la verdad de los hechos acaeció o no acaeció el hecho a probar, *H*”¹³⁰⁵. A renglón seguido agrega: “El derecho probatorio lo que determina son las vías, condiciones y procedimientos para que pueda declararse probado *H*”¹³⁰⁶. Si reconducimos este razonamiento al escenario que nos convoca, estaremos en presencia de una incertidumbre fáctica

¹³⁰¹ Revisaremos este argumento en la última parte de este tercer capítulo.

¹³⁰² COLOMBO CAMPBELL, J. 2005. *op. cit.* p. 26.

¹³⁰³ *Ibid.* p. 26.

¹³⁰⁴ Apoya esta idea Cristián Arias Vicencio: “La sola aceptación lingüística del vocablo *justificar* nos remite al concepto de *probar* o, al menos, *hacer justo* algo, por lo cual, aún tratándose de una actividad jurisdiccional y un grado de convicción diversos de aquellos que se exige en etapa propiamente probatoria, su vinculación con las exclusiones es evidente”. ARIAS VICENCIO, C. 2005. El control jurisdiccional de la detención. *Revista de Estudios de la Justicia* (N° 6): p. 251.

¹³⁰⁵ GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 61.

¹³⁰⁶ *Ibid.* p. 61.

cautelar cuando exista disquisición sobre si existen o no existen los elementos de prueba suficientes a favor de la hipótesis que sostiene que en un caso se cumplen las condiciones copulativas que justifica la imposición de la prisión preventiva. En esta fase del iter procesal, la verdad del enunciado fáctico “está probado las condiciones que justifica adoptar la prisión preventiva” será también, tal como hemos afirmado en extenso, una *verdad relativa*, toda vez que su confirmación deberá decidirse la luz del grado de corroboración que aporten los datos probatorios disponibles en favor de la hipótesis cautelar.

Además de ser relativa, dado el especial carácter provisional que envuelve a este tipo de decisión, podríamos decir que se trata de una *verdad provisional*¹³⁰⁷, toda vez que puede alterarse en la medida que varíen en el tiempo las circunstancias o razones que justificaron adoptar la decisión cautelar. Al decir de Ferrer, *mutatis mutandis*, si por adicción o sustracción varía algún elemento probatorio¹³⁰⁸ o sobreviene un evento que permita concluir el aseguramiento de los fines del procedimiento por una vía alternativa a la de la prisión preventiva, su pervivencia debe terminar. Recuérdese además que toda justificación provisional se funda en esquemas explicativos susceptibles de ser revisados constantemente, que no tienen pretensión de pervivir indefinidamente en el tiempo.

En este sentido, no puede si no tratarse de evidencia probatoria todo aquel elemento de conocimiento útil que se aporte a la audiencia de medidas cautelares para justificar la hipótesis de hecho (letra a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal) que sustenta aquella parte que quiere imponer en contra de un imputado la prisión preventiva. En efecto, para *una tradición racional de la prueba* inserta en un contexto de libre (racional) valoración de la prueba, es prueba “todo aquello que sirve para determinar un hecho”¹³⁰⁹. Para ser más estrictos, esto es consistente con la concepción *abierta* que registra Taruffo entre los autores formados intelectualmente al alero de la tradición del *common law*, para quienes el derecho no define ni demarca la noción de prueba, puesto que, enseña Taruffo, “cualquier cosa que sirva para establecer un hecho es prueba”¹³¹⁰. Esto explicaría lo que ya manifestáramos en secciones anteriores, en el sentido de que aquellos esquemas, mecanismos e implementos teóricos surgidos en otros ámbitos de la experiencia son bien recibidos para la determinación del hecho.

De cuanto se ha expuesto, se puede colegir que indistintamente del modo en que designemos a aquello que sirva para el conocimiento de los hechos que residen en la prisión preventiva, llamémoslo “actos de investigación”, “antecedentes de investigación”, “diligencias o actuaciones de investigación”,

¹³⁰⁷ VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 11; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 17.

¹³⁰⁸ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 45; FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 8. Jorge Larroucau acerca esta caracterización a lo que él llama críticamente como una “aproximación contra-fáctica” al estándar de prueba desde la concepción racionalista de la prueba. LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 794.

¹³⁰⁹ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 371.

¹³¹⁰ *Ibíd.* p. 345. El fragmento de Taruffo es apoyado con fuerza por Ferrer. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 28.

“trámites o elementos de instrucción” (por nombrar algunos), igualmente pueden ser considerados -en sentido amplio- como prueba, o en su defecto, cumplen la misma funcionalidad que ésta¹³¹¹.

Habría que reflexionar en otra oportunidad si es posible, por ejemplo, hacer imperar aquí el *principio general de inclusión* probatoria según el cual “cualquier elemento de juicio relevante para la adopción de una decisión [definitiva o provisional] debe ser admitido como prueba en el proceso judicial”¹³¹², salvo que una norma específica excluya alguna prueba (para la versión benthamiana más extrema, este principio general equivale a inclinarse por una ausencia absoluta de normas que excluyan la prueba en el proceso). Recordemos que la “relevancia” es aquel criterio que determina si un determinado medio de prueba aporta confirmación o refutación a las hipótesis fácticas en competencia según las reglas de la racionalidad empírica y la lógica¹³¹³, otorgándole riqueza al conjunto de elementos que tiene el juez a su disposición para tomar una decisión correcta¹³¹⁴ (aunque no necesariamente exacta¹³¹⁵). En efecto, si la prueba es irrelevante, no tiene sentido preguntarse sobre su admisibilidad, aunque según una doctrina más o menos extendida en el derecho probatorio, “la relevancia no es propiamente una cualidad de la prueba sino una característica constitutiva de la misma”¹³¹⁶.

Si bien el alcance del principio mencionado está pensado para la dimensión del juicio definitivo del hecho (puesto que es un principio rector que selecciona preliminarmente las pruebas que luego se practicarán en el juicio oral), valdría la pena preguntarse si podría ser objeto también de aplicación, con ciertos matices, en la discusión preliminar de la decisión de prisión preventiva, en la medida que hacer uso de todas las pruebas relevantes maximiza las probabilidades de que los enunciados fácticos que se declaren probados se correspondan con la verdad provisional cautelar¹³¹⁷.

¹³¹¹ En el mismo sentido puede verse la intervención del profesor Jonatan Valenzuela en el seminario de derecho procesal titulado “Proceso y razonamiento presuntivo”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile los días 7, 8 y 9 del mes de octubre de 2015. En un momento señala lo siguiente: (55:20) “*Ahí donde el legislador dice antecedentes, indicios, ¿acaso quiere en estricto rigor decir algo diferente de evidencia? ¿No usamos muchas veces pragmáticamente como sinónimo la palabra antecedente de la palabra evidencia?*” (55:36). SEMINARIO PROCESO Y RAZONAMIENTO PRESUNTIVO: 7, 8 y 9 de octubre de 2015. 2015. Santiago, Chile. Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Una posición contraria ventilada en el mismo seminario es la del profesor Julián López, quien como asistente desliza algunos reparos en contra de la propuesta de estándar de Valenzuela (que veremos más adelante), una de los cuales tenía que ver con que en su opinión no puede hablarse de prueba en un juicio de pronóstico como el de la prisión preventiva, y que por lo tanto, los problemas asociados a la forma en que los jueces penales conceden o deniegan esta medida cautelar seguirán manteniéndose, más allá de que se cambie la denominación legal de “antecedente” por el de “prueba”.

¹³¹² FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 10. Los corchetes son nuestros.

¹³¹³ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 42; FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 6.

¹³¹⁴ FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 13.

¹³¹⁵ En este pasaje Ferrer acoge el argumento de Stein en contra de las teorías abolicionistas del derecho probatorio, aunque le da un cierto giro: “que el aumento de información relevante aumenta, *ceteris paribus*, la probabilidad de que se adopte una decisión adecuada materialmente, esto es, que se declaren probados enunciados verdaderos sobre los hechos”. *Ibid.* p. 16.

¹³¹⁶ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 365.

¹³¹⁷ GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 79. Complementando esta idea, Susan Haack (citada a pie de página por García Amado), señala: “una prueba es relevante si *incrementa o disminuye* la probabilidad [no aritmética sino epistemológica] de algún hecho en cuestión”. *Ibid.* p. 76. Los corchetes son nuestros. Entre nosotros, apoya esta idea Rodrigo Coloma: “En

En este sentido, cualquier elemento que sea útil para conocer o determinar que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare y que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, vale la pena ser tomado en cuenta.

Del mismo modo, habrá que razonar en otra oportunidad las formalidades o ritualidades con arreglo a las cuales se deberá llevar a cabo la proposición, admisión y rendición de las piezas probatorias que permitirán justificar la hipótesis cautelar de concesión o denegación de la prisión preventiva sostenida por las partes¹³¹⁸. Adicionalmente, si seguimos este esquema teórico propuesto, habría que reflexionar la permanencia de las condiciones de legitimación de algunas reglas que, por ejemplo, delimitan la oportunidad procesal en la cual se práctica la prueba¹³¹⁹.

Una posición como la sostenida indefectiblemente tiene que hacerse cargo sobre si en esta sede es posible hablar de *valoración racional de la prueba*, puesto que darlo por descontado puede llegar a ser irresponsable. Es decir, si admitimos que lo que se presenta en una audiencia de prisión preventiva es prueba jurídica, que será objeto de contradicción, debate y contrastación por las partes, no puede dejarse de lado el resultado probatorio que emerja de esta misma discusión y que a la postre, hará tomar una decisión al juez con carácter provisional e instrumental. Sin adentrarnos en el fondo de esta discusión, que excede con creces el contenido pretendido por esta memoria, podemos aproximarnos a ella tomando como referencia algunos pasajes de la jurisprudencia nacional que si bien no hablan explícitamente en todos los pronunciamientos acerca del concepto de *valoración*, al menos no descartan en forma tajante y anticipada la posibilidad de que este momento de la actividad probatoria pueda tener lugar en un debate cautelar:

[1] “2.- En efecto, por una parte, el tribunal, en cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 8 del Código Procesal Penal, debe resolver los asuntos que son sometidos a su consideración, previo debate y luego de oír a los intervinientes, *a efectos que del contradictorio y con la debida valoración de los antecedentes y argumentos expuestos por los litigantes, pueda resolver*

términos generales, podría señalarse que *a mayor información (...) es posible arribar a mejores resultados*, entendiéndolo como un mejor resultado la aceptación judicial de aquel enunciado en competencia que se acerca en mayor medida a lo que efectivamente ocurrió”. COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 12.

¹³¹⁸ Por práctica de prueba entendemos aquel “procedimiento, generalmente reglado, sea con mayor o menor detalle, en el que con una u otra base empírica (percepción directa, noticia recibida, experimentación científica, memoria...) un sujeto se expresa sobre hechos o estados de cosas relevante en el proceso y para el hecho a probar. Tales expresiones se reconducen a o se sintetizan en enunciados que se juzgan por su valor para establecer la verdad o falsedad de este (enunciado sobre el) hecho o estado de cosas con relevancia procesal”. GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 54.

¹³¹⁹ Nos parece débil aquel argumento que simplifica la discusión sobre la noción probatoria a la oportunidad procesal en la que la prueba se practica. Las reglas de oportunidad procesal sólo delimitan el espacio temporal en el cual un determinado acto se ejecuta, pero no decide cuáles de éstos constituyen prueba o no. Es solo una regla de derecho más que superpone los criterios jurídicos del derecho probatorio a los criterios de la epistemología general.

*fundadamente aquellas peticiones que le hubieren sido planteadas, acorde lo exigen particularmente los artículos 36 y 143 del Código de Enjuiciamiento Penal, fundamentación que viene en legitimar la decisión a la luz de las disposiciones legales referidas*¹³²⁰.

[2] “**SÉPTIMO:** Que, esa irregular forma de actuar contamina de antijuridicidad también a los actos investigativos posteriores que le son consecuencia, especialmente el reconocimiento fotográfico que las víctimas hacen de los imputados, toda vez que éste nunca pudo haberse realizado de no contar con la individualización entregada por la persona que, llamémoslo testigo, informante, cooperador ocasional o como sea, aportó a la Policía de Investigaciones.

OCTAVO: Que, lleva a la razón la parte recurrente cuando afirma que la adopción de la decisión de prisión preventiva no pudo considerar legítimamente esa información para los efectos de dar por configurado el requisito de la letra b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, pues ella fue obtenida con vulneración de garantías fundamentales. En consecuencia, la privación de libertad de los imputados lo ha sido con infracción a la Constitución material y a las normas legales que regulan el proceso penal. En efecto, no se trataba de aquellas situaciones especiales donde atendida la gravedad del ilícito se permite ocultar la identidad de los testigos; tampoco se está frente a aquellas situaciones específicas donde el legislador posibilita la actuación autónoma de la policía; se trata, por el contrario, de una situación en la cual la policía decidió por sí y ante sí la reserva de la identidad de un “testigo”, “colaborador ocasional” o “informante”, de modo tal que esos datos fueron negados inicialmente al Ministerio Público y, en todo momento, al tribunal y a los demás intervinientes.

NOVENO: Que, de lo que se viene razonando, constatada una vulneración del derecho fundamental a la libertad personal de los amparados, corresponde dar la protección solicitada por los recurrentes, disponiendo la inmediata libertad de los imputados singularizados precedentemente.

Para decidir de este modo se ha recurrido a la teoría de la inutilizabilidad de los antecedentes de cargo que han sido obtenidos en forma irregular, para los efectos de adoptar decisiones preliminares en la etapa de investigación, por ello lo que se resolverá sólo incide en la determinación de procedencia de la cautelar personal de prisión preventiva^{1321 1322}.

¹³²⁰ SCS: Rol N° 5.858-2012. [06 de agosto de 2012]. Las cursivas son nuestras.

¹³²¹ SCS: Rol N° 56-2016 (acumulada a Rol N° 58-2016). [11 de marzo de 2016]. Las cursivas son nuestras.

¹³²² Cabe destacar que la jurisprudencia precitada tiene cierto grado de respaldo en la doctrina nacional que se ha manifestado en relación a estos tópicos. Así, por ejemplo, la “teoría de la inutilizabilidad” ha sido acogida en nuestro país en la dictación de medidas cautelares personales: “(...), debe entenderse que constituye un deber del juez de garantía, en cumplimiento de la función de protección que la ley le ha asignado, negarse a reconocer valor a los elementos probatorios obtenidos ilícitamente

[3] “Que con los elementos hasta ahora reunidos, *no se cumple con la reunión de antecedentes suficientes que justifiquen la existencia de los delitos, por lo menos con la intensidad necesaria para decretar una prisión preventiva*, teniendo en cuenta no sólo la falta de prueba directa sino la circunstancia relatada respecto del segundo hecho, según la cual pese a la reiteración por años de delitos de abusos y violación y una vez develados éstos, no sólo no se denuncia sino que posteriormente, no ya el menor sino también su padre, acuden de nuevo al establecimiento educacional donde trabajaba el imputado y ahora el padre, que supuestamente ya sabía todo lo ocurrido, deja otra vez a solas a su hijo para exponerlo a nuevos delitos, *lo cual resulta una circunstancia que aunque no cabe calificar de manera definitiva en esta etapa, ciertamente resta seriedad a la inculpación toda*, se revoca la resolución apelada”¹³²³.

De los considerandos reproducidos, es legítimo hacerse la pregunta sobre si nuestros tribunales superiores de justicia, cuando hablan de “*debida valoración de los antecedentes*”, “*no pudo considerar legítimamente esa información para los efectos de dar por configurado el requisito de la letra b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, pues ella fue obtenida con vulneración de garantías fundamentales*” e “*intensidad necesaria para decretar una prisión preventiva (...) lo cual resulta una circunstancia que aunque no cabe calificar de manera definitiva en esta etapa, ciertamente resta seriedad a la inculpación toda*”, acaso: ¿no están atribuyendo un determinado peso probatorio a los antecedentes expuestos por las partes? ¿No están ponderando la seriedad o intensidad de los antecedentes para poder decidir una prisión preventiva? Si se da el espacio para inferir que la obtención por parte de los órganos persecutorios de determinados antecedentes proviene de actuaciones ilegítimas (una suerte de anticipación de la aplicación de las reglas de exclusión de prueba ilícita), ¿no podría darse la misma oportunidad para valorar racionalmente los elementos del material probatorio?

Al menos, la sensación que nos deja la formulación de estas preguntas es que sus respuestas, a priori, no admiten una negación tan categórica.

al momento de pronunciarse sobre medidas cautelares e intrusivas. Esto es así porque la *prueba ilícita*, aun antes de ser declarada inadmisibles, es derechamente *inutilizable* incluso como fundamento de resoluciones provisionales. (...) En Chile, la posibilidad de considerar la ineficacia probatoria de la prueba ilícita durante la etapa de investigación ha sido defendida por HERNANDEZ BASUALTO, aunque con un alcance restringido a la justificación de las medidas cautelares personales y no a las medidas intrusivas”. HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* pp. 210-212. En el mismo sentido Cristián Arias Vicencio, amparándose en la jurisprudencia comparada, ha esgrimido las siguientes razones: “Se argumenta que si la aplicación de una medida cautelar supone un pronóstico fundado de condena entonces, la consideración de la ilicitud de prueba en sede de cautelares, del mismo modo, se justifica por un pronóstico de absolución fundado en esa circunstancia, a lo que se debe agregar el déficit de legitimación que informa el fundamento ético de la exclusión.(...) No se divisa un fundamento jurídico, ni menos ético, para permitir la incorporación al proceso penal de fuentes de prueba ilícitas si se trata de justificar una resolución sobre medidas cautelares y de rechazar la prueba misma cuando se trata de fundar una sentencia definitiva. Esto sería prohibir su uso directo como medio probatorio, pero tolerar su aprovechamiento indirecto, como fuentes de prueba”. ARIAS VICENCIO, C. 2005. *op. cit.* pp. 250-251.

¹³²³ SCA de Rancagua: Rol N° 365-2013. [18 de julio de 2013].

C. A modo de conclusión preliminar

En definitiva, de cuanto se ha expuesto, podemos someter a un examen analítico riguroso la profundidad con la que se debatirá en audiencia los elementos de prueba, el apego al tipo de reglas en la que debiera llevarse a cabo su proposición¹³²⁴ o la posibilidad cierta de aplicar criterios racionales de valoración. Podemos incluso entrar en disquisiciones sobre la viabilidad de ejercer en Chile -vía un mecanismo de *lege ferenda* si es necesario- algunas prácticas anglosajonas, en la que se da la oportunidad de que sean los mismos elementos probatorios (v.gr. testigos o peritos) los que comparezcan a la audiencia cautelar. De hecho, Riego y Duce admiten la posibilidad cierta de que esto ya se lleve a cabo. Enseñan estos autores: “Puede pasar, en cambio, que el juez requiera que se le muestren registros donde consten las declaraciones que se invocan y quiera revisarlos con cierto detalle o, por último, puede ser que en esos casos excepcionales exija al juez que ciertos testigos importantes sean traídos a su presencia con el fin de determinar con mayor precisión el contenido de su declaración”¹³²⁵.

En la misma línea, Ignacio Castillo Val propone mejorar la calidad de debate que se da en el contexto de estas audiencias (no solo de prisión preventiva, sino de las audiencias de control de detención), las que a la postre, dotan de mayor contenido epistémico a la decisión judicial: “(...), como sucede en otros países, lo razonable sería que frente a ciertas dudas respecto de los registros o por la complejidad del caso, los propios policías que participaron de la detención concurren a la audiencia de control de detención y sean sometidos al contradictorio”¹³²⁶. El autor lleva incluso su propuesta al límite, sugiriendo que sea el Juez de Garantía el que participe en algunas actividades de investigación importantes, como el reconocimiento en rueda de imputados¹³²⁷.

Lo que en todo caso no podemos objetar ni desatender tan fácilmente, es que la cuestión subyacente detrás de las distintas variables y aristas de esta atractiva polémica dicen relación con la posibilidad de discurrir seriamente sobre la noción de prueba en un momento procesal temprano como aquel que somete a conocimiento del juez penal la solicitud de prisión preventiva en la etapa de investigación. Querámoslo o no, los actos de investigación y los actos de prueba están entrelazados por un factor común: extraer elementos probatorios que justifiquen una determinada hipótesis¹³²⁸. En

¹³²⁴ Por ejemplo, Riego y Duce advierten que el Código Procesal Penal no regula la forma de presentar los antecedentes que fundan la petición de la prisión preventiva. Ellos son de la idea de que no se aplican en esta sede las reglas dispuestas para el debate del juicio oral y que el modo de llevar a cabo la proposición de los antecedentes en la audiencia cautelar queda a criterio discrecional del juez. DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 80.

¹³²⁵ DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. *op. cit.* p. 274.

¹³²⁶ CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 258.

¹³²⁷ *Ibid.* p. 264.

¹³²⁸ HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* p. 77.

efecto, los primeros allanarían, en una relación de medio-fin, el camino para la obtención de los segundos.

Creemos que un buen punto de partida para comenzar a enfrentar este tipo de pugnas teóricas es tener medianamente claro de que se trata de una cuestión dogmática que compromete algunas nociones tradicionales del razonamiento probatorio, cuestión que por supuesto excede con creces las consideraciones puramente semánticas del asunto.

3.2.3. Modelos del razonamiento probabilístico

Según hemos analizado, el problema de la determinación judicial de los hechos (y de cualquier otro sector del conocimiento general) no se resuelve en los términos quiméricos de la verdad absoluta y la certeza plena e indiscutible, sino en los términos de la *probabilidad*. En un escenario de incertidumbre fáctica, remarcado por la falibilidad judicial (nótese que hablar de probabilidad es admitir implícitamente que el sistema comete errores), la única manera de arribar a una conclusión debidamente justificada que pueda zanjar la pugna entre las diferentes hipótesis litigiosas, es buscar las condiciones, requisitos y mecanismos en cuya presencia se pueda racionalizar la decisión judicial. Racionalizar la incertidumbre en el contexto de una decisión judicial consiste, dice Taruffo, en “establecer las condiciones de aceptabilidad de proposiciones descriptivas dotadas de ‘un cierto grado’ de fundamentación”¹³²⁹. Uno de estos presupuestos es asumir que la elección en favor de una hipótesis fáctica -entre las posibles en competencia- sólo puede ser racional en la medida que sean los elementos probatorios disponibles los que le entreguen un grado de corroboración, confirmación o apoyo epistémico a la misma.

Ni en la ciencia ni en el derecho una teoría puede ser demostrada como absolutamente verdadera o totalmente concluyente, pero ello no obsta a que tal como señala Popper, podamos mostrar una preferencia por aquella hipótesis que mejor se encuentre corroborada dada la conexión lógica existente con las pruebas¹³³⁰. En efecto, afirmar la fuerza de la verdad sobre el acaecimiento de un determinado hecho equivale a afirmar el grado de probabilidad *lógica o inductiva* -según analizaremos- que las pruebas aportan a la proposición fáctica sugerida para ese hecho. Ahora bien, para establecer este grado de probabilidad debemos acudir a los principales modelos epistemológicos que se han diseñado sobre la noción de probabilidad, excluyendo todas aquellas construcciones que simplifiquen peligrosamente el concepto y le resten valor.

¹³²⁹ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 243.

¹³³⁰ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 46, 92.

Antes de ello, debemos hacer una advertencia conceptual. En la teoría de la determinación de los enunciados fácticos, los grados de conocimiento o aproximación a la verdad de los hechos admite una escala abstracta en que se ordenan cada uno de los niveles de conocimiento, los que varían desde la ignorancia hasta la verdad absoluta¹³³¹ (recordemos que el papel de la certeza demostrativa en la ciencia procesal es funcionar como marco o límite de referencia teórica de aquello a lo que es imposible acceder¹³³²). El nivel de gradación de una hipótesis fáctica se va incrementando (o disminuyendo) a medida que ésta se ve sometida a un examen o test de contrastación con otras hipótesis rivales que la nieguen, que la refuten o que sean alternativas a la explicación de los hechos presentada, siempre que éstas últimas terminen falsadas sobre la base de los elementos probatorios. Dicho esto, las razones que impulsan a desplazar la discusión desde la reconstrucción de la verdad hasta el lenguaje de las probabilidades, no significa que estemos afirmando una especie de conocimiento inferior al de la verdad ni que estemos menospreciando el grado o nivel de conocimiento que podemos alcanzar¹³³³, sino por el contrario, están motivadas por la inquietud de precisar con exactitud lo que hemos venido reiteradamente diciendo: que las conclusiones acerca de las proposiciones sobre los hechos que se declaran probados en un proceso judicial son conclusiones de una *verdad probable o relativa*¹³³⁴.

La evolución, desarrollo y avance de la teoría y la investigación científica ha llegado a crear, al menos, siete concepciones sobre la noción de probabilidad. A pesar de la densidad que ofrece cada una de estas categorías, las corrientes de pensamiento que siguen dominando el curso de la ciencia empírica se reducen a tan solo a dos de ellas (las que se remontan al siglo XVII¹³³⁵): nos referimos a la

¹³³¹ Maturana y Montero enumeran el tránsito de los estadios o desarrollos del conocimiento de la siguiente manera: ignorancia, duda, probabilidad, certeza y convicción. MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Tomo II. *op. cit.* pp. 779-786. En un sentido similar, Ángela Ester Ledesma y Rubén A. Chaia incorporan antes de la probabilidad, el estado intelectual de “sospecha”. LEDESMA, A. E. 2009. *op. cit.* p. 287; CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 159. A su turno, Raúl Tavolari citando un fallo nacional en el contexto del sistema inquisitivo antiguo, muestra que estos distintos estadios de conocimiento están presentes también en el acervo cultural de los jueces: “(...) cuyo término medio representada el estado de duda, esto es, igualdad de motivos para afirmar o negar, dignos todos de ser tomados en cuenta. Ante esta realidad el estado natural será el de la probabilidad, algo más que duda y menos que certeza”. TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 309.

¹³³² TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 179-180.

¹³³³ “Pero la advertencia de que un resultado favorable en todas cuantas contrataciones hagamos no proporciona una prueba concluyente de una hipótesis no debe inducirnos a pensar que después de haber sometido una hipótesis a una serie de contrataciones, siempre con resultado favorable, no estamos en una situación más satisfactoria que si no la hubiéramos contrastado en absoluto. Porque cada una de esas contrataciones podía muy bien haber dado un resultado desfavorable y podía habernos llevado al rechazo de la hipótesis”. HEMPEL, C. 1987. *op. cit.* p. 4. En un sentido similar Coloma: “Al reconocerse la imposibilidad de llegar a demostrarse en términos absolutos *¿cómo es o cómo ha sido el mundo?*, la fuerza de la verdad como meta a alcanzar en el proceso de adjudicación no se diluye, sino que adquiere su justa dimensión, (...)”. COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 210.

¹³³⁴ TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 37. En el mismo sentido, FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 133.

¹³³⁵ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 192. .

probabilidad *pascaliana* (cuantitativa o aritmética) y a la probabilidad *baconiana* (lógica o inductiva¹³³⁶).

En torno a la explicación de éstas es que abordaremos el siguiente acápite con el objetivo de examinar la opción metodológica más apropiada que pueda ser aplicada en el razonamiento probatorio de la decisión desplegada sobre los hechos, específicamente, en el momento procesal destinado a evaluar el apoyo empírico que otorgan, individual y globalmente, el conjunto de la evidencia probatoria (su riqueza o pobreza epistemológica) en favor de una determinada hipótesis fáctica. Para ello, seguiremos de cerca la estructura explicativa que propone Ferrer. El autor contempla la siguiente clasificación: probabilidades de eventos (que sería otro modo de denominar a la probabilidad *pascaliana*) y probabilidades de proposiciones. Esta última se subdivide a su vez en: probabilidad subjetiva y probabilidad lógica o inductiva (que sería otro modo de denominar a la probabilidad *baconiana*¹³³⁷).

3.2.3.1. Probabilidad cuantitativa o frecuentista

La probabilidad cuantitativa, aritmética o estadística mide la frecuencia relativa con la que un determinado evento se verifica dada una sucesión o clase de acontecimientos¹³³⁸. Este modo de operar del razonamiento probabilístico en el contexto de la prueba jurídica hunde sus orígenes en el siglo XVII a propósito de los juegos de azar¹³³⁹, dando paso a la elaboración de un esquema de cálculo aritmético que pueda establecer la probabilidad con que ocurre una determinada hipótesis fáctica (evento) en presencia de una serie de acontecimientos. Lo anterior ha hecho a los teóricos tildar a esta concepción probabilística como una de tipo objetiva¹³⁴⁰, puesto que “mide el número de posibilidades de que un suceso ocurra comparado con el número de posibilidades de que no ocurra”¹³⁴¹.

En general, gran parte de los estudiosos de la prueba aplicada al proceso judicial estiman que este modelo del razonamiento probatorio no es apropiado porque no es capaz de ofrecer por sí misma una estructura general que dé cuenta de cómo debe operarse sobre la *quaestio facti*. La probabilidad cuantitativa o aritmética nos indica la frecuencia relativa con la cual ocurre una clase de eventos en un contexto fáctico determinado, pero no nos dice nada sobre los hechos individuales o singulares que son

¹³³⁶ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 26; TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 38. Accatino explica que sobre la base de estas distinciones se empezó a debatir sobre una valoración atomista u holista de la prueba. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* p. 7.

¹³³⁷ La misma clasificación es sostenida por Gascón. GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 132.

¹³³⁸ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 94.

¹³³⁹ *Ibid.* p. 108.

¹³⁴⁰ Así también describe Taruffo a esta concepción cuantitativa de la probabilidad. TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 193.

¹³⁴¹ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 94.

objeto de la controversia jurídica¹³⁴². Si se aceptara que este esquema de razonamiento probabilístico es el adecuado para ser ocupado en el momento de la valoración de la prueba, todavía quedan inconclusos ciertos temas, como por ejemplo, “el de la clase de referencia sobre la que establecer frecuencias relativas”¹³⁴³. En este sentido, la racionalidad de una decisión judicial no tiene por qué estar vinculado con el cálculo matemático que pueda hacerse en torno al hecho individual (se presuponen cuantificaciones que normalmente no son pertinentes a la decisión sobre la prueba de los hechos), menos aun cuando fallidamente se intenta medir estadísticamente la incertidumbre.

Ahora bien, para ser exactos en el análisis, esto no significa prescindir absolutamente de alguna versión o modalidad del razonamiento cuantitativo o de la prueba estadística que pueda servir, en alguna medida, para la resolución de la cuestión fáctica en el caso concreto. Así, por ejemplo, los datos probatorios estadísticos aplicados en un contexto de libertad probatoria pueden ser aprovechados para explicar la ocurrencia de una determinada porción del hecho o para darle sentido al acaecimiento eventual del mismo, siempre que se den las condiciones necesarias para el uso adecuado y atingente de este tipo de razonamiento¹³⁴⁴. Al respecto, enseña Taruffo: “La probabilidad estadística de un cierto evento constituye de por sí un elemento utilizable a los efectos de establecer el grado de fundamentación de las hipótesis sobre el hecho, pero no determina cuantitativamente ese grado”¹³⁴⁵.

3.2.3.2. Probabilidad subjetiva

Siguiendo el esquema trazado por Ferrer, la probabilidad subjetiva se enmarca en la elaboración de la probabilidad de proposiciones o enunciados, consistente en medir o evaluar el grado de conocimiento que se tiene de las cosas que ocurren en el mundo exterior¹³⁴⁶. La versión subjetivista de la probabilidad de proposiciones no es más que la dimensión no-objetiva de la concepción cuantitativa de la probabilidad, dado que comparte con ésta un método de cálculo aritmético¹³⁴⁷. Este modelo de probabilidad del razonamiento probatorio puede ser definido como la medida del grado de creencia racional que tiene una persona sobre la verdad de una proposición fáctica según un

¹³⁴² El autor (y otros expertos anglosajones que abordan la problemática de la prueba de los hechos) para explicar esto hace alusión al conocido caso de los autobuses azules y al caso de la paradoja del intruso. *Ibid.* pp. 98-100. En el mismo sentido, TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 199. Apoyando el argumento de Ferrer, véase ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 7.

¹³⁴³ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 103. De aquí se toma Ferrer para explicar las dificultades insuperables del argumento de la minimización de los errores, del valor esperado de la decisión y de las generalizaciones (al que nos referimos en el capítulo I) para contrarrestar esta concepción de la probabilidad en el razonamiento judicial.

¹³⁴⁴ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 220. En el mismo sentido, ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 7.

¹³⁴⁵ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 222.

¹³⁴⁶ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 94.

¹³⁴⁷ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 193.

determinado elemento de juicio¹³⁴⁸. Se trata de un modo de racionalizar -infructuosamente según veremos- la incertidumbre a través de la asignación de un valor o unidad de medida al grado de convencimiento subjetivo que tiene un individuo sobre la verdad de que haya ocurrido un determinado hecho. El valor corresponde a un número de una escala numérica que oscila entre 0 y 1, donde cero representa la absoluta desconfianza en la verdad de la hipótesis y uno representa la absoluta confianza (certeza) en la verdad de la hipótesis¹³⁴⁹.

Los precursores de esta concepción se remontan a inicios del siglo XX, pero lo cierto es que dos centurias su fórmula base ya había tenido su mayor esplendor de la mano del conocido teorema de Bayes, el que fuera posteriormente aplicado a la determinación de los hechos y a la valoración de la prueba en el proceso judicial¹³⁵⁰. El teorema de Bayes es un método de probabilidad inversa que se traduce en la siguiente fórmula:

$$P(H/E) = \frac{P(E/H)P(H)}{P(E/H)P(H)+P(E/\neg H)P(\neg H)}^{1351}$$

La fórmula puede ser leída de la siguiente manera: “la probabilidad de que suceda el hecho H, dado que se da el hecho E, es igual a la probabilidad de que suceda H, dividido por la probabilidad de que suceda E dado H por la probabilidad de que suceda E dado no H por la probabilidad de no H”¹³⁵².

Una forma más sencilla de interpretar el sentido y alcance del teorema es tener claro que su función principal es medir la repercusión que tiene un elemento de juicio ulterior (E) sobre la probabilidad subjetiva previa de que sea verdadera la proposición fáctica (H)¹³⁵³. La forma de hacerlo es medir primero, *a priori*, la probabilidad epistémica de esta hipótesis fáctica antes de tener en cuenta este elemento de juicio (“prior probability”) y luego, *a posteriori*, volver a medir la probabilidad

¹³⁴⁸ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 95-96, 108.

¹³⁴⁹ *Ibid.* p. 108.

¹³⁵⁰ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 108-109; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 194-195. A partir de los postulados de Thomas Bayes se han elaborado un cumulo de teorías que siguen la misma dirección, colisionando en general con el mismo problema: “(...) ser tendencialmente inaplicables, ya que son cuantitativas y, por tanto, presuponen cuantificaciones que habitualmente no existen en el proceso o son arbitrarias e incontroladas”. *Ibid.* p. 212.

¹³⁵¹ La fórmula transcrita fue extraída de TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 194. La misma fórmula es redactada por Ferrer: “ $P(H/E) = P(E/H) \times P(H) / P(E/\neg H)$ ”. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 109. V.t. GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 132.

¹³⁵² TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 194. En la versión de Ferrer, el teorema se lee como sigue: “la probabilidad condicional de que sea verdadera la hipótesis H dado el elemento de juicio E es igual a la probabilidad de que se dé H si es verdadera H multiplicado por la probabilidad de H (sin tomar en cuenta E), dividido por la probabilidad de que dé E si no es verdadera H”. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 109.

¹³⁵³ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 132.

después de que se tiene conocimiento del elemento de juicio¹³⁵⁴. Una vez que se hace este ejercicio de asignación de probabilidades, se trata de responder a la siguiente pregunta: ¿en qué grado se aumenta o disminuye nuestra creencia racional en una determinada hipótesis cuando se tiene la presencia de un elemento de prueba?¹³⁵⁵. Como se puede suponer, el modelo de probabilidad subjetiva en clave bayesiana se traduce en un método de cálculo que pretende medir la incidencia que tiene una determinada prueba (o un conjunto de ellas) sobre el grado de convencimiento inicial que se tiene sobre una hipótesis fáctica¹³⁵⁶.

Las críticas que se deslizan en contra de la concepción bayesiana de la probabilidad como modelo de razonamiento probatorio susceptible de ser aplicado en el derecho, son las siguientes:

1. No existe claridad sobre el modo en que se asigna numéricamente, *a priori*, la probabilidad inicial sobre una hipótesis¹³⁵⁷, ni tampoco cómo es que se alcanza la intensidad de esta confianza subjetiva¹³⁵⁸. Esto es incuestionable si se tiene en consideración que la concepción bayesiana parte de la premisa de asignar subjetivamente un valor matemático fraccionario al grado de creencia personal sobre una determinada hipótesis, el que reside en el estado mental del órgano juzgador. Al ser discrecional, no está sujeto a ningún criterio mínimo de racionalidad (no tendría por qué tenerlo si se encuentra inmerso en el ámbito de lo inefable), ergo, se convierte en arbitrario e incontrolable¹³⁵⁹. Dado que el valor numérico que se asigna al grado de confianza subjetiva en la verdad de la hipótesis sugerida es una cifra construida conforme al estado psicológico del juzgador, podemos inferir que su asignación está expuesto a un riesgo alto de sobredimensionar la probabilidad inicial en comparación a la que objetivamente se podría tener con el conocimiento de nuevos datos probatorios, cuestión que evidentemente se hace imposible de manejar y controlar intersubjetivamente¹³⁶⁰.

Por otro lado, a la imposibilidad de racionalizar el modo en que se asigna esta cuantificación inicial, se suma el problema extremadamente complejo de tener que determinar específicamente, de un modo que no sea sino arbitrario, si acaso la probabilidad inicial (y luego final) de una creencia se encuentra en el valor [0,5], [0,7] o [0,9] de la escala (por poner algunos números como ejemplo). Una cosa es que el tribunal tenga una “alta confianza” preliminar de que la proposición fáctica sobre “H” sucedió tal como lo describe una de las partes litigantes, pero otra muy distinta es traducir esa “alta

¹³⁵⁴ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 109.

¹³⁵⁵ Ferrer plantea la interrogante de esta manera: “¿refuerza o debilita, y en qué grado, la presencia de E nuestra creencia en H?”. *Ibid.* p. 109.

¹³⁵⁶ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 112. Apoyando esta idea, véase BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 459.

¹³⁵⁷ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 110.

¹³⁵⁸ LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 106.

¹³⁵⁹ Esto es lo que pasa cuando los jurados norteamericanos deben aplicar el estándar de “más allá de toda duda razonable”: “(…), el sistema no establece controles sobre cómo el jurado llega a ese nivel subjetivo de confianza”. *Ibid.* p. 106.

¹³⁶⁰ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 113.

confianza” o firme convicción en un número específico que represente fielmente las creencias internas¹³⁶¹. Esta situación llevada al problema jurídico de la conminación penal en el contexto de la duda razonable, es particularmente difícil: “(...) si el estándar de prueba fue formulado en términos de una probabilidad específica, digamos que el 90% o el 95%, será casi seguro que mucho de los jurados que han decidido que el acusado cometió el delito estarán en apuros para terminar, de una manera que no sea meramente arbitraria, si su confianza en la culpabilidad satisfizo o no las demandas impuestas por ese EdP”¹³⁶².

2. Es inadecuado para determinar el cambio de creencias sobre la verdad de una hipótesis antes de tener conocimiento de los elementos de juicios y después de su apreciación, porque no existe un parámetro externo y objetivo que pueda evaluar racionalmente su creencia¹³⁶³. Ferrer, llevando esta dificultad al terreno práctico del razonamiento judicial, explica que un juez (o un miembro del jurado) atribuye normalmente una *prior probability* a la creencia racional en la proposición fáctica sugerida que es totalmente disímil a la probabilidad previa atribuida por otro juez (u otro miembro del jurado) puesto en las mismas circunstancias, lo que indefectiblemente conducirá a que hacia la conclusión del juicio, la probabilidad final de ambos jueces (o miembros del jurado) en torno al grado de creencia racional en la hipótesis fáctica, una vez que se ha interactuado con el elemento probatorio y se ha hecho (si es que se hace) su respectiva valoración, también sea distinta¹³⁶⁴.

A esto Daniel González Lagier le llama no respetar el “principio de igualdad”¹³⁶⁵. En efecto, sólo una extraordinaria casualidad podría llegar a hacer equivalentes la probabilidad previa, la probabilidad final o ambas entre sí¹³⁶⁶. Por otro lado, el modelo *bayesiano* puede llegar a ofrecer respuestas epistémicamente contraproducentes, toda vez que si, por ejemplo, la probabilidad final asignada al grado de creencia sobre la hipótesis fáctica es igual o cercana a cero, significa que bajo este esquema no se cree en la proposición, y que por lo tanto, no puede declararse como probada, sin embargo, esto no necesariamente equivale a decir que la proposición fáctica sea falsa¹³⁶⁷.

¹³⁶¹ Laudan expresa que si ya a los científicos les es difícil asignar la probabilidad de una creencia en una teoría científica ampliamente consolidada, no hay razón para creer que los jueces pueden realizar este ejercicio aritmético (pascaliano) de una forma más sencilla en el contexto del proceso judicial. LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 102; LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* pp. 122-123. En el mismo sentido, LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 800.

¹³⁶² LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 103.

¹³⁶³ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 111-112.

¹³⁶⁴ *Ibid.* pp. 111-112; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 204.

¹³⁶⁵ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 112.

¹³⁶⁶ Laudan da cuenta de esto en el siguiente apartado: “(La modelización computacional de ciertos juicios típicos hecha, entre otros, por Robert Causey, sugiere (a) que las estimaciones hechas por jurados generalmente no convergen al final y (b) que prácticamente ninguna evidencia concebible puede desplazar una evaluación previa muy baja de la culpabilidad hacia un nivel próximo al 0,9”. LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 101.

¹³⁶⁷ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 203.

El discurso de la probabilidad *bayesiana* se ha instalado profundamente en las concepciones subjetivistas del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” imperante en el *civil law* y en el *common law*, lo que ha desembocado en una absoluta desprotección de los intervinientes frente al riesgo de tomar decisiones arbitrarias¹³⁶⁸. La descripción gráfica de este problema endémico la hace de manera magistral Laudan en relación al derecho anglosajón: “Supone que el jurado empieza un juicio asignando una cierta (generalmente inespecífica pero tendencialmente baja) probabilidad previa respecto de la culpabilidad del acusado. Cuando oye la evidencia y el testimonio, el jurado revisa constantemente su estimación de la probabilidad (probabilidad posterior) de culpabilidad del acusado. Al final del juicio determina si su, hasta ahora múltiples veces revisada, estimación alcanza el número especificado por el EdP (típicamente, alrededor de 0,9 o 0,95). Si este fuese el caso, entonces deberá condenar; si no, deberá absolver”¹³⁶⁹.

Como se puede notar, la decisión final sobre la inocencia o culpabilidad del acusado depende única y exclusivamente de las *corazonadas subjetivas iniciales* de los jueces (o miembros del jurado), lo que hace que ninguna evidencia, por fiable, indubitada o sólida que esta sea, pueda desplazar seriamente la probabilidad inicial asignada¹³⁷⁰.

En síntesis, lo anteriormente expuesto viene a afianzar todos los problemas analizados en las secciones anteriores en torno a asimilar un enunciado probatorio del tipo “está probado que *p*” con la convicción psicológica que tiene el juez sobre la verdad de *p*.

3. El cálculo matemático de las probabilidades subjetivas cuya pretensión es reflejar el grado de corroboración que tiene una determinada hipótesis sobre los hechos entraba una notoria dificultad para la aplicación de la presunción de inocencia (en su faceta de regla de juicio) en el proceso penal¹³⁷¹. Como explicamos, la escala de valores de asignación a las probabilidades oscila entre 0 y 1. Si uno quisiera ser razonable, neutral e imparcial con el valor atribuido a una hipótesis antes de tener contacto con cualquier elemento de probatorio en el momento de la proposición, práctica y valoración de la

¹³⁶⁸ Ahora bien, según Laudan, la estimación subjetiva de las probabilidades se ha difundido inclusive sobre el estándar de prueba “probabilidad prevaeciente” aplicado en sede civil. LAUDAN, L. 2011a. Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal. En: El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi., p. 90.

¹³⁶⁹ LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 100.

¹³⁷⁰ “Así, si un jurado toma la presunción de inocencia seriamente y empieza el juicio asumiendo que la probabilidad inicial de inocencia es (digamos) 0,95, no hay virtualmente evidencia alguna que pueda cambiar plausiblemente esa estimación a 0,9 o 0,95 a favor de la culpabilidad”. *Ibid.* 101.

¹³⁷¹ Esta es solo una de las dificultades que L. J. Cohen identifica al asimilar el concepto de probabilidad con este modelo. Es por lo demás, la que más tiene relación con lo desarrollado en esta memoria. Solo para tenerse en cuenta, Ferrer analiza críticamente dos obstáculos teóricos adicionales: (i) el problema de la conjunción y (ii) el problema del principio de la complementariedad o de la negación. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 115-118.

prueba, deberíamos situar la *prior probability* en el punto [0,5]¹³⁷². El problema que produce fijar en un punto intermedio la estimación inicial es que niega el contenido atributivo de la presunción de inocencia, toda vez que empuja en un grado de [0,5] la hipótesis hacia la culpabilidad del acusado. A contrario sensu, si queremos reconocer el valor de la presunción de inocencia, tendríamos que fijar hipotéticamente en cero la probabilidad inicial para que sea compatible con la regla de inocencia, pero en ese caso, la probabilidad final de la hipótesis en disputa una vez establecido el resultado probatorio de la prueba sería nuevamente de cero¹³⁷³, lo que no tendría sentido, salvo que supusiéramos que toda la evidencia incriminatoria fuera valorada negativamente por el tribunal (nótese que aún ni siquiera tocamos el tema sobre si dicha evidencia fue valorada negativamente por ser poco fiable, porque la cadena de inferencias que conectan el resultado de las pruebas con la hipótesis no tienen solidez o porque siendo sólidas, no superan el umbral mínimo de suficiencia probatoria que exige el legislador para concluir como probado o aceptable una determina aserción fáctica).

En definitiva, la concepción bayesiana sólo podría cumplir el propósito para el cual fue diseñado, si hacemos caso omiso a la regla de la presunción de inocencia en el proceso penal¹³⁷⁴, lo que no tendría asidero.

4. El modelo *bayesiano* de probabilidad subjetiva no es idóneo para ofrecer respuestas válidas respecto del grado de aceptabilidad en que está corroborada una hipótesis cuando el juzgador de los hechos se enfrenta a situaciones probatorias que dejan de envolver únicamente hipótesis probatorias simples (con una sola prueba) y comienzan a embarcarse en hipótesis probatorias más sofisticadas y complejas (pluralidad de pruebas, prueba mediata o prueba sobre un hecho complejo), lo que genera que se haga más difícil para el tribunal comprender -técnicamente hablando- estos instrumentos estadísticos, y consecuentemente, asignar un valor numérico al grado de creencia de las proposiciones fácticas litigiosas¹³⁷⁵. A mayor complejidad de las hipótesis de hecho controvertidas, más intrincado se vuelve el cálculo¹³⁷⁶.

¹³⁷² *Ibid.* p. 119.

¹³⁷³ “(...), por cuanto en la aplicación del método bayesiano debe multiplicarse la probabilidad condicionada inversa -P(E/H)- por la probabilidad inicial de H, y cualquier número multiplicado por cero da, obviamente, cero”. Página 119 Ferrer: “la valoración racional de la prueba”. GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 113.

¹³⁷⁴ Así lo dispuso según expone Ferrer, la Corte Suprema del Estado de Connecticut en 1994 en Estados Unidos. *Ibid.* p. 119. En un sentido distinto pero que también toca la vertiente de la presunción de inocencia, Marina Gascón explica lo siguiente: “Si el valor atribuido a la misma fuera bajo [la autora se refiere a la probabilidad previa], también sería bajo el resultado de la valoración final, con independencia de que la probabilidad indicada por el nuevo material probatorio fuese alta. Pero además, y conectado con ello, si la formulación de la *probabilidad previa* estuviera viciada de un error inicial, podría atentar contra principios básicos del ordenamiento, como la presunción de inocencia. En suma, el uso del teorema de Bayes produce una sobrevaloración de la probabilidad inicial y una minusvaloración del peso que tienen las nuevas pruebas en el cálculo de la probabilidad final”. GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 133.

¹³⁷⁵ *Ibid.* p. 133.

¹³⁷⁶ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 197.

El problema se incrementa cuando en ocasiones la base en que se sustenta el cálculo *bayesiano* se encuentra ausente, es decir, cuando -arguye Taruffo- no existen siquiera las *prior probabilites* sobre las cuales hacer el ejercicio de valoración probatoria¹³⁷⁷, o técnicamente no es factible cuantificar algunos factores inmersos en el proceso judicial, o bien, existiendo la probabilidad inicial del convencimiento en la hipótesis (porque, por ejemplo, se cuenta con datos estadísticos o una cierta frecuencia estadística que facilite la realización de la estimación¹³⁷⁸), su establecimiento es jurídicamente irrelevante e impertinente para confirmar o descartar judicialmente el acaecimiento del hecho¹³⁷⁹.

5. Por último, el modelo *bayesiano* de la probabilidad no se hace cargo de lo más trascendental en el proceso de valoración de la prueba: determinar la riqueza y el peso justificativo que tienen los elementos de juicio para establecer una inferencia probatoria entre éstos y la proposición fáctica¹³⁸⁰. Si no es capaz de manifestarse en alguna medida mínima sobre este punto, malamente podría cumplir el núcleo principal de su cometido, cual es juzgar el grado de apoyo empírico que el conjunto de los elementos probatorios aportan a la hipótesis sobre los hechos para considerarla aceptable. En otras palabras, el modelo *bayesiano* elude el problema primordial que suponemos deberían resolver todas aquellas teorías científicas dedicadas al análisis del razonamiento probatorio en el proceso judicial.

De cuanto se ha expuesto, es posible concluir que el rendimiento explicativo que tiene el enfoque *bayesiano* es endeble y su utilidad es más bien marginal, sobre todo, considerando que es incompatible con la concepción racional de la prueba que hemos asumido en esta memoria. Lo máximo que puede ofrecer es precisamente lo que nosotros hemos rechazado con bastante tenacidad: describir una de las manifestaciones del iter mental psicológico del juez que es incompatible con cualquier criterio mínimo de racionalidad susceptible de ser aplicable en el razonamiento probatorio.

3.2.3.3. Probabilidad lógica o inductiva

No nos equivocamos si es que afirmamos que esta concepción de la probabilidad es la más epistemológica al interior de la categoría de probabilidad de las proposiciones, toda vez que su finalidad esencial está dirigida a establecer el grado de corroboración lógica, de apoyo inductivo o de soporte epistémico que aportan los elementos de juicio disponibles a una determinada proposición fáctica para ser tenida como probablemente verdadera o aceptable.

¹³⁷⁷ *Ibíd.* pp. 199-200.

¹³⁷⁸ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 112.

¹³⁷⁹ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 200-202.

¹³⁸⁰ *Ibíd.* pp. 205-206; FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 118.

El esquema de investigación originario más expandido en torno a este modelo es el de Carnap (cuyos pioneros fueron Keynes y Jeffreys), pero la versión que actualmente concita mayores adherentes está cimentada sobre los postulados y premisas del modelo de Cohen¹³⁸¹. Desde un punto de vista netamente *carnapiano*, la relación de confirmación inductiva existente entre dos proposiciones es una relación lógica¹³⁸². Esta relación es la que permite establecer el grado de probabilidad que un elemento de prueba del expediente judicial aporta a una hipótesis fáctica en disputa. La gran dificultad que se encuentra inmersa en la tesis de Carnap y a la cual Keynes hacía mención, es que no todas las proposiciones fácticas pueden ser interpretadas probabilísticamente en sentido aritmético, toda vez que ciertos enunciados probabilísticos no pueden simplemente ser objeto de medición cuantitativa¹³⁸³. Obsérvese que en esta crítica va envuelta parte de las objeciones señaladas en contra de la teoría bayesiana, y en general, de la probabilidad frecuentista aplicada al razonamiento probatorio judicial.

En esta evolución, el influjo filosófico de Cohen a la discusión es notable¹³⁸⁴. El autor parte del presupuesto de la inducción eliminativa baconiana (por contraposición a la de clase ampliativa), y defiende, por tanto, la existencia de una dimensión no aritmética de la probabilidad, vale decir, una que no intente reducir el sentido probabilístico a simples cálculos numéricos¹³⁸⁵. Sobre estos cimientos, la probabilidad lógica o inductiva como modelo del razonamiento probatorio aplicado a la decisión sobre los hechos probados en el proceso, puede ser definida como un modo de racionalizar la incertidumbre fáctica consistente en establecer que una determinada hipótesis se encuentra debidamente confirmada, corroborada o aceptada como consecuencia de la relación lógica o inferencia inductiva que existe entre ésta y los elementos probatorios disponibles que la justifican.

Karl Popper la define en los siguientes términos: “Siempre que podamos comparar los grados de falsabilidad de dos enunciados podremos decir que el menos falsable es, asimismo, el más probable en virtud de su forma lógica; llamo a esta probabilidad, *‘probabilidad lógica’*, que no debe confundirse con la probabilidad numérica que se emplea en la teoría de los juegos de azar y en la estadística”¹³⁸⁶. Por su parte, Daniela Accatino establece que a este modelo se le denomina de corroboración de

¹³⁸¹ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 120-121.

¹³⁸² *Ibid.* p. 95.

¹³⁸³ *Ibid.* p. 95.

¹³⁸⁴ Comparten esta afirmación, *Ibid.* pp. 121-122; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 225.

¹³⁸⁵ La inducción ampliativa o enumerativa apoyada por Carnap, según Ferrer, “valora fundamentalmente la multiplicidad de observaciones de la ocurrencia de un determinado tipo de eventos, o de la ocurrencia de instancias de una cierta generalización, como elementos de confirmación de la generalización”. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 121. La inducción eliminativa, en cambio, no admite la cuantificación matemática de las proposiciones fácticas sobre los hechos.

¹³⁸⁶ POPPER, K. 1980. *La lógica de la investigación científica*. Madrid, España. Editorial Tecnos., p. 113. Ferrer explica que Popper rechazaba incorporar la voz “probabilidad” al esquema de corroboración de hipótesis porque, en la interpretación de Ferrer, tenía en mente la noción únicamente cuantitativa o *pascaliana* de la probabilidad. Esto tiene sentido, si se tiene en cuenta que en algunos pasajes de su obra el autor pareciera abogar por una concepción objetiva de la probabilidad que fuera aplicable a la investigación científica. Para esto, véase FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 122; POPPER, K. 1980. *op. cit.* p. 140.

hipótesis, porque requiere “que se asuma hipotéticamente la ocurrencia de un cierto hecho, para derivar, recurriendo a los conocimientos científicos y a nuestra experiencia previa acerca del mundo, ciertos eventos que debieran haber tenido lugar si es que ese hecho efectivamente ocurrió”¹³⁸⁷. Por último, para entender a que nos referimos con el vocablo “confirmación” o “corroboración”, podemos acudir a los “argumentos de la confirmación” definidos por Marina Gascón: “(...) son los argumentos para acreditar el grado o solidez de la confirmación (o si se quiere, la probabilidad inductiva de una hipótesis), derivan de la propia estructura de la confirmación, entendida como el apoyo que una prueba o una información presta a una hipótesis con la que está conectada a través de un regla causal”¹³⁸⁸.

Según lo anterior, los elementos estructurales que conforman esta concepción son tres, a saber: (i) proposiciones fácticas (una o varias); (ii) evidencia o elementos de prueba (que apoyan o descartan una determinada proposición fáctica) y (iii) grado de probabilidad inductiva (necesidad de determinar el grado de apoyo epistémico a partir de las inferencias probatorias, leyes probabilísticas, reglas causales¹³⁸⁹ o máximas de experiencia¹³⁹⁰). En este sentido, el grado de probabilidad de las hipótesis es funcional al grado en que los elementos de corroboración les ofrecen un soporte inductivo¹³⁹¹. Mientras mayor sea el grado de corroboración o soporte inductivo que entreguen los elementos probatorios a una específica hipótesis sobre los hechos en comparación a las demás hipótesis rivales (que la niegan o que son alternativas), mayor será el grado de fundamentación de la decisión judicial sobre los hechos probados. Lo que debe quedar claro es que ningún cuerpo de evidencia puede demostrar por sí solo -en relación a otros- que un hecho *efectivamente* acaeció, sino más bien, que dicho hecho *probablemente* ocurrió como parece desprenderse de la prueba.

Esto demuestra que el cálculo matemático de la inducción ampliativa no es el único mecanismo (ni el más adecuado) para ponderar y seleccionar racionalmente aquella hipótesis sobre los hechos que cuente con el mayor grado de apoyo epistémico según los datos probatorios que la sustentan, sobre todo, si consideramos lo aseverado por Daniela Accatino, en el sentido de que “los modelos matemáticos de justificación probabilística resultan por completos extraños a nuestra cultura

¹³⁸⁷ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* pp. 7-8.

¹³⁸⁸ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 138.

¹³⁸⁹ *Ibid.* p. 133.

¹³⁹⁰ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 243-244. En el mismo sentido, Daniel González Lagier sintetiza los elementos de una inferencia probatoria: “En la inferencia probatoria podemos distinguir varios elementos: el hecho que queremos probar (al que llamaremos ‘hipótesis’ o ‘hecho a probar’), la información (acerca de otros hechos más o menos directamente vinculados con el primero) de la que disponemos (que podemos llamar los elementos de juicio, las pruebas o ‘los hechos probatorios’) y una relación entre el hecho que queremos probar y los elementos de juicio”. GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 86. V.t. GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. *op. cit.* p. 150.

¹³⁹¹ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 224.

judicial”¹³⁹². Luego, cobra sentido apoyar la tesis que hemos sostenido más arriba sobre que una determinada proposición fáctica que no se tiene por probada sea necesariamente falsa (evidentemente, si siguiéramos un esquema de razonamiento *pascaliano* en el que, por ejemplo, evalúe -dentro del intervalo de gradación matemática- con número cero, o cercano a cero, podría llegarse a una solución completamente distinta, pero justamente el mérito de la concepción lógica o inductiva de la probabilidad es que intenta superar los esquemas de la frecuencia relativa como mecanismo de adopción racional en la elección de una hipótesis¹³⁹³). En efecto, bajo la concepción de la probabilidad inductiva, la afirmación solamente indica que dicha proposición fáctica no cuenta con los elementos de juicio suficientes en su favor para que pueda ser tenida por probada, pero no que necesariamente sea falsa.

Otra de las ventajas que entrega asumir esta concepción es que los vicios profundos que plantea el subjetivismo de las *prior probabilities* desaparecen, porque entre otras cosas, según acuña Ferrer, “la probabilidad inicial es siempre cero”¹³⁹⁴. Adicionalmente, asumir la perspectiva del juicio del hecho amparado en los términos del grado de corroboración que los datos probatorios disponibles atribuyen a una determinada proposición fáctica en comparación a las proposiciones fácticas que son incompatibles con ella, abre el camino para que puedan empezar a primar los criterios de la racionalidad empírica que facilitan el ejercicio de valoración individual y global de la prueba en el juicio del hecho, y por ende, del control intersubjetivo de la decisión judicial.

A. Sobre el problema específico de la inducción

Según se desprende de lo desarrollado previamente, la naturaleza del vínculo entre las pruebas, la cadena de inferencias que se formulan y el grado de solidez que éstas le entregan a la hipótesis a probar siguen los patrones de la estructura inductiva. Es por ello que no podemos dejar de hacer una mención general a la noción de inducción científica sobre la cual descansan el conjunto de inferencias probatorias que se consignan dentro del razonamiento probatorio jurídico. Para su mayor comprensión, es menester identificar, a lo menos, tres tipos de razonamiento: *deductivo*, *abductivo* e *inductivo*¹³⁹⁵. No todos ellos contemplan un marco analítico adecuado para tomar las decisiones sobre la premisa fáctica del razonamiento judicial, a pesar de que todos estos ellos participan de un eje principal, cual es ser procesos de construcción del conocimiento.

¹³⁹² ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 7.

¹³⁹³ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 123; TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* pp. 225-226.

¹³⁹⁴ Al mismo tiempo, soluciona el principio de complementariedad y el de la conjunción denunciados anteriormente. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 123.

¹³⁹⁵ Niiniluoto, en la descripción que Jorge Larroucau hace de su trabajo, afirma que la labor judicial se sirve simultáneamente de los tres tipos de razonamientos cuando ejerce la función jurisdiccional. LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 799.

Esto queda de manifiesto cuando analizamos en el capítulo II el método lógico deductivo. Cabe recordar que este tipo de razonamiento (análisis de lo general a lo particular) propone decisiones cuyos resultados -en teoría- son concluyentes, toda vez que en un razonamiento deductivo la conclusión está relacionada de tal modo con la interrelación de sus premisas (mayor y menor), que si éstas son verdaderas, la conclusión necesariamente será verdadera. Sin embargo, la lógica que subyace al razonamiento inductivo (análisis de lo particular a lo general) disiente con el anterior, toda vez que las premisas (en este caso, la fáctica) no garantizan una conclusión necesariamente verdadera, sino probable, plausible o si se quiere, verdadera hasta un cierto grado¹³⁹⁶. Esto se explica porque las leyes sobre los fenómenos del mundo que imperan en este tipo de razonamiento y que afectan a la ciencia como a la prueba jurídica, no son universales (como pretende ser la premisa mayor típica de un silogismo formal), sino probabilísticas, lo que conlleva que solo se pueden establecer consecuencias probables o con un mayor o menor grado de probabilidad¹³⁹⁷. En este sentido, el modelo de razonamiento probatorio que recae sobre la decisión de los hechos es, según el término acuñado por Hempel, uno de “explicación probabilística” o de “inducción en sentido amplio”¹³⁹⁸, que en la ciencia y en el derecho dependen tanto de los elementos de juicio disponibles como del saber científico, además de la experiencia previa del mundo que hayan acumulado los individuos hasta ese momento.

También se esgrime como argumento diferenciador uno que ya enunciamos anteriormente, el cual versa sobre la idea de asociar el razonamiento deductivo con la selección, interpretación y aplicación de la premisa normativa de la decisión judicial (verdad jurídica) y asociar el razonamiento inductivo con la determinación de la premisa fáctica de la decisión judicial (verdad fáctica)¹³⁹⁹.

Por su parte, el razonamiento abductivo consiste en establecer inferencias inversas, esto es, pensar hacia atrás, o en otras palabras, razonar en forma heurística, vale decir, transitar desde los efectos hasta llegar a las causas¹⁴⁰⁰. Marina Gascón lo describe de la siguiente manera: “(...) en hacer conjeturas razonables a propósito de unos hechos observados; o sea en preguntarte qué es lo que los explica, por qué han sucedido. (...). Consiste, en fin, en observar un hecho y aventurar qué es lo que da

¹³⁹⁶ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 95.

¹³⁹⁷ GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. *op. cit.* pp. 150-151. Marina Gascón cita un extracto de Hempel en el que muestra la diferencia entre leyes universales y leyes probabilísticas: “(...) la diferencia entre las leyes universales (*en todos los casos en que se da F se da también G*) y la probabilísticas (si se da F se dará también G *en un porcentaje de casos*) es lógica y no tiene que ver con la fuerza del apoyo empírico de que gocen: pueden ser verdaderas o falsas, gozar de un apoyo sólido o pobre, pero su estructura lógica seguirá siendo la que es (1973,p.102)”. *Ibíd.* p. 151. En el mismo sentido, AVILÉS, L. 2004. *op. cit.* p. 184; ATIENZA, M. 2005. *op. cit.* p. 17.

¹³⁹⁸ GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. *op. cit.* p. 150; HEMPEL, C. 1987. *op. cit.* pp. 9-10. En el mismo sentido, STEIN, A. 2013. *op. cit.* p. 255.

¹³⁹⁹ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 65; CHAIA, R. 2010. *op. cit.* p. 41.

¹⁴⁰⁰ LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 799.

lugar al mismo”¹⁴⁰¹. Este esquema de razonamiento probatorio ha sido el soporte teórico a partir del cual se ha anclado el desarrollo de la *teoría de la inferencia a la mejor explicación* de Pardo y Allen¹⁴⁰². No nos extenderemos en este modelo de razonamiento más que para exponer una de las principales objeciones que se interpone en su contra para rechazarlo como esquema de razonamiento aplicable a la prueba de los hechos en sede penal¹⁴⁰³, cual es que no siempre la mejor explicación disponible es representativa de una buena explicación. Antes bien, es frecuente encontrar que una determinada explicación (v.gr. la de la hipótesis de culpabilidad) sea una pésima explicación de los hechos, y a pesar de ello, tenga un grado de explicación más óptimo que la hipótesis fáctica alternativa (v.gr. la hipótesis de la inocencia¹⁴⁰⁴). Como complemento, podemos señalar el interesante comentario que hace Marina Gascón sobre este tipo de razonamiento, en el sentido de que el método abductivo puede perfectamente ser reinterpretado como uno de inducción probabilística, siendo incluso hasta indiferente cuál de los dos esquemas adoptemos¹⁴⁰⁵, siempre que estemos conscientes de que el punto que ambos tienen en común es que puedan ceñirse a la lógica en que opera la inducción.

Ahora bien, el problema de fondo que entraña la inducción científica, según Popper, tiene que ver con las condiciones bajo las cuales se puede tener por justificada una inferencia probatoria inductiva¹⁴⁰⁶. Antes de reflexionar sobre estos presupuestos y sus criterios de corrección, es imperioso acuñar una definición general de *inferencia probatoria*:

Solo está autorizado pasar de un hecho “X” (pieza de información disponible) a un hecho “Y” (hipótesis a probar) cuando entre ambos se halle una relación de conexión lógica, causal y racional (la

¹⁴⁰¹ GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. *op. cit.* p. 152.

¹⁴⁰² *Ibid.* p. 160. En la explicación de Jorge Larroucau, es un modelo que irrumpió en el derecho desde los postulados de la filosofía de la ciencia, teniendo como base la siguiente lógica: “(...), mientras más elevado sea el apoyo entregado por las diversas pruebas a la conclusión del tribunal, menor el nivel de contradicción entre ellas y mayor su rango de plausibilidad, el juicio de los hechos será mejor”. LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 798. Laudan explica que el término “inferencia a la mejor explicación” se lo debemos a Harman, quien establecía que “si podemos determinar cuál de las hipótesis conocidas que explican los hechos en cuestión los aclara mejor, entonces ésa es la hipótesis que debe aceptarse, derrotablemente, como verdadera”. LAUDAN, L. 2011a. *op. cit.* p. 90.

¹⁴⁰³ A pesar de sus críticas, es defendida como esquema teórico susceptible de ser aplicado al proceso civil. LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* pp. 800-801.

¹⁴⁰⁴ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 147. Ferrer explica aquí también la segunda objeción más recurrente en contra de esta teoría, cual es que puede ocurrir que ambas hipótesis litigiosas sean buenas explicaciones y que por lo tanto sea insuficiente elegir únicamente “la mejor”. Si esto es así, tiene sentido entonces las críticas desplegadas por Marina Gascón en cuanto a que la inferencia a la mejor explicación no indica criterios de valoración racional que hagan justificar racionalmente cuál es la mejor hipótesis. Laudan también considera que esta teoría es inapropiada para el conocimiento científico, pero que no necesariamente es una mala alternativa para el derecho. Lo que es indiscutible en su visión, es que no es una teoría óptima para el estándar de prueba de condena, y hay dudas de que lo sea también para el estándar de prueba civil: “(...), sostendré que la IME es demasiado débil para fungir como estándar penal, y demasiado fuerte para fungir como civil”. LAUDAN, L. 2011a. *op. cit.* pp. 91-95.

¹⁴⁰⁵ GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. *op. cit.* pp. 153-154, 160-161. Puede estimarse que esta opinión de Marina Gascón no es tan descabellada, si constatamos que, por ejemplo, Laudan en su obra “*Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*” a ratos habla indistintamente de inferencia inductiva e inferencia abductiva (por ejemplo, LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* pp. 92, 130). Algo de esto también puede encontrarse en Nieva, cuando define el método inductivo -que crítica- como uno que “parte de la conclusión en busca de datos que la justifiquen”. NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 24.

¹⁴⁰⁶ POPPER, K. 1980. *op. cit.* p. 23.

mayoría de las veces regidas por leyes generales de regularidad empírica¹⁴⁰⁷) que pueda considerarlo como probado. Explica González Lagier, “si yo sé que los acontecimientos como *A* están vinculados de alguna manera con acontecimientos como *B*, ante la presencia de un hecho del primer tipo puedo inferir (que ha ocurrido o que ocurrirá) un hecho del segundo tipo”¹⁴⁰⁸.

A menudo, los autores adjudican divergentes apelativos a lo que aquí hemos llamado “el hecho *X*” y “el hecho *Y*”. Nosotros ocuparemos la nomenclatura de García Amado, porque creemos que es una noción más inteligible que permite captar de mejor manera la formulación de una inferencia probatoria. Este autor llamaría a nuestro hecho “*Y*” como “hecho principal” y nuestro hecho “*X*” como “hecho subordinado” (o en los términos de Taruffo, “hecho secundario”¹⁴⁰⁹). Dada estas terminologías, el hecho a probar principal no puede ser determinado en forma probabilística sino se practica alguna actividad probatoria en relación al hecho subordinado, que no tiene que ver siempre (si se trata de un contexto de conminación penal) con el hecho constitutivo de delito, pero del cual igualmente se pueden obtener inferencias probatorias (téngase en cuenta que habitualmente las aserciones fácticas no se verifican mediante una prueba directa¹⁴¹⁰). Es más, el hecho secundario o subordinado solo adquiere sentido si respecto de él se puede extraer alguna conclusión lógica que nos permita descifrar la verdad (o falsedad) relativa sobre el hecho principal¹⁴¹¹.

Luego, por ejemplo, sólo podremos probar que Pablo golpeó a Ángel, si es que aportamos medios de prueba suficientes (v.gr. que el testigo Mario vio a Pablo a una cierta distancia propinar un golpe de puño a la persona de Ángel, que unas cámaras de seguridad dispuestas en el sitio del suceso mostraron una fuerte discusión entre Pablo y Ángel, etc.) que permitan *inferir inductivamente* que es probablemente verdadero que Pablo haya lesionado a Ángel, salvo que exista una hipótesis alternativa que refute y pueda explicar de otra manera los mismos datos probatorios¹⁴¹². Sigue Daniel González Lagier: “¿Cómo sé que existe esa asociación entre acontecimientos? Lo sé porque la he observado en

¹⁴⁰⁷ Las generalizaciones empíricas se van sustentando en el fundamento epistémico en el que se afinquen. Para determinar su fundamento y superar las objeciones a las que recurrentemente se ven expuestas (analizadas en el capítulo I), deben cumplir ciertas condiciones que justifiquen su capacidad de vincular el hecho probatorio con el elemento de prueba. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* pp. 11-12.

¹⁴⁰⁸ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 85. En un sentido similar, FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 129.

¹⁴⁰⁹ TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* p. 167.

¹⁴¹⁰ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* pp. 6-7. Cabe señalar que la gran mayoría de la doctrina considera que la distinción entre prueba directa e indirecta paulatinamente se ha venido diluyendo, por cuanto se ha demostrado que la única real distinción entre ambas es una diferencia de grado, en la medida que la prueba directa tiene un menor número de pasos inferenciales que la prueba indirecta para acreditar el hecho principal. Al final del día, todas las pruebas son tendencialmente indirectas. *Ibid.* p. 11; GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* pp. 91-92; GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* pp. 67-68; NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 21; LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 793.

¹⁴¹¹ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 120; TARUFFO, M. 2004. *op. cit.* p. 170.

¹⁴¹² Cabe destacar que es probablemente más verdadero, pero no necesariamente verdadero. Podría ocurrir que una hipótesis alternativa a la descripción de los hechos sugiera que, en realidad, Mario creyó ver un golpe de puño pero lo cierto es que Pablo y Ángel estaban participando de una dinámica de juego; que Mario tiene problemas de visibilidad porque usa anteojos y no se trataba de Pablo sino que de Martín; que Mario es mitómano; que las cámaras efectivamente estaba instaladas ahí, pero en el momento en que ocurrió el incidente estaban apagadas, etc.

cierto número de casos anteriores, y a partir de esa observación he concluido (por inducción) un enunciado general que describe la existencia de una regularidad entre acontecimientos de uno y otro tipo”¹⁴¹³.

En resumen, la serie de pasos que se dan desde una proposición a otra están dotadas de validez en la medida que reconocemos una regla de inferencia inductiva que tenga una idoneidad suficiente para conectar los elementos de prueba disponibles con la hipótesis fáctica a probar. Esto hace que el aumento del grado de apoyo de inferencia inductiva (ya sea, porque los elementos probatorios son fiables, porque los elementos probatorios son más de uno, variados y convergentes entre sí o porque la cadena de inferencias extraídas gozan de un nivel de solidez epistémica o fuerza justificativa importante) implique un incremento en la probabilidad de que la hipótesis sea verdadera¹⁴¹⁴. Sin embargo, también es cierto que mientras mayores sean el número de pasos que se realice en la cadena de inferencias probatorias para determinar la hipótesis, menor será el grado de probabilidad lógica que poseerá la proposición fáctica.

Dadas las razones esgrimidas y previamente justificadas, consideramos que el modelo de la probabilidad inductiva es el más adecuado para representar el razonamiento probatorio que debieran llevar a cabo los jueces dada la estructura de problemas fácticos a los que se enfrentan. Este es un modelo que además tiene la virtud de otorgar mejores herramientas para evaluar la dimensión comparativa que tiene una hipótesis en relación con las que se encuentra en conflicto, al permitir ponderar cualitativamente el mayor o menor grado de corroboración relativa que tiene una hipótesis en comparación a otras que refutándola, sean igualmente idóneas para poder explicar los mismos datos informativos sobre la base del ejercicio probatorio de verificación (pruebas) y refutación (contrapruebas auxiliares¹⁴¹⁵). Con esto se pone de manifiesto que el modelo inductivo es el que más afinidad tiene con el mecanismo de búsqueda de pruebas o método de confirmación por *modus ponens* y búsqueda de las contrapruebas o método de refutación por *modus tollens* del modelo de cognoscitivismo crítico que aquí hemos defendido¹⁴¹⁶.

Ahora bien, el aporte que puede entregar este particular modelo resulta estéril y queda inconcluso si no sabemos el *nivel de suficiencia* que debe cumplir el grado de corroboración de la proposición fáctica para justificar que se declare como probado, verdadero o aceptable el hecho a dirimir en la controversia jurídica. En efecto, el problema del juicio del hecho probatorio no se agota en

¹⁴¹³ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 85. *op. cit.* p. 85.

¹⁴¹⁴ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* pp. 131-132.

¹⁴¹⁵ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. *op. cit.* p. 352; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* pp. 12-13; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 485.

¹⁴¹⁶ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* pp. 143-144.

la arista de la determinación cualitativa del mayor o menor grado de probabilidad en que encuentra acreditada una determinada hipótesis fáctica, sino que contempla un variopinto de subtemas fundamentales, uno de los cuales versa sobre lo que los autores han llamado como criterio o “umbral de suficiencia”¹⁴¹⁷ o “guía para la valoración racional”¹⁴¹⁸. Nos referimos al asunto del *estándar de prueba*.

Si nos queremos tomar en serio el desafío de producir decisiones judiciales que atiendan objetivamente a criterios de racionalidad, ahondar en esta perspectiva es una cuestión esencial e insoslayable. Es justamente la regla del *estándar de prueba* previsto por el derecho y no por la epistemología, la que definirá en forma justificada la toma de la decisión sobre la premisa fáctica incorporada al razonamiento judicial, específicamente, sobre la que decide acerca de la concesión o denegación de la prisión preventiva.

3.3. Estándar de prueba

¿Cuáles son los criterios de corrección a cuya satisfacción autorizan a concluir que está *suficientemente* justificada una determinada proposición fáctica sobre la prisión preventiva dentro de un esquema de probabilidad inductiva? ¿Qué nivel de corroboración se considera *suficiente* para ordenar la adopción de la prisión preventiva?¹⁴¹⁹ ¿Bajo qué condiciones los elementos probatorios disponibles son *suficientes* para tener por probada o verdadera la hipótesis fáctica de aquella parte que sugiere imponer en contra del imputado la medida cautelar de prisión preventiva?

Sobre estas interrogantes es que discurriremos en esta última parte de esta memoria. Según se desprende de las preguntas enunciadas, para estar en condiciones de considerar como probada una determinada hipótesis fáctica sobre los hechos que versan sobre la solicitud de la prisión preventiva, no basta con saber que el grado de corroboración inductiva que tiene una proposición fáctica cautelar (la que afirma la concurrencia de los presupuestos materiales legales de la prisión preventiva) es cualitativamente mayor o está dotada de una mayor fuerza epistémica que el grado de corroboración inductiva que tiene la proposición fáctica no-cautelar (que niega la concurrencia de los presupuestos materiales legales de la prisión preventiva). Es necesario dar un paso más. Es decir, necesitamos saber si el grado de confirmación inductiva de dicha hipótesis cautelar es *suficiente* para declararla probada o tenerla como aceptable.

¹⁴¹⁷ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 484; LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 789.

¹⁴¹⁸ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 137.

¹⁴¹⁹ Esta es la misma pregunta que se hace Ferrer. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 141; FERRER, J. 2007b. Los estándares de prueba en el proceso penal español. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. (Nº 15): pp. 2-3.

Para ello, el objetivo central de esta sección es poder dar algunas luces que contribuyan a responder preliminarmente y en forma aproximada estos tipos de cuestionamientos, de manera de ofrecer algunas ideas y lineamientos generales en torno a la eventual construcción de un estándar de prueba cautelar, objetivo y no ambiguo susceptible de ser aplicado en la decisión de la prisión preventiva. Como hemos visto en capítulos anteriores, la ausencia de una verdadera regla de estándar en este estadio procesal produce ciertas deformaciones en la racionalidad que se espera de las decisiones relativas a esta clase de resolución judicial.

Para comenzar, lo primero que debemos plantear es que el estándar de prueba es una noción poco familiar en el derecho continental, sobre todo, en el derecho procesal penal chileno, donde hasta hace poco parecía ser inexistente¹⁴²⁰. Según hemos visto, la verdad de la declaración fáctica “está probado que p ” (donde p es la proposición fáctica que afirma la concurrencia de los presupuestos materiales de la prisión preventiva en un caso concreto) depende de la aceptabilidad que las piezas probatorias le aporten a p , pero no siempre la doctrina, los jueces y los redactores de las leyes procesales se han detenido a reflexionar acuciosamente sobre los criterios de suficiencia que debe cumplir los elementos probatorios disponibles para tener por probada, verdadera o aceptable una determinada proposición fáctica sobre esta medida cautelar.

Una demostración patente entre nosotros de esta carencia, es que durante la tramitación parlamentaria del nuevo sistema procesal penal que entraría en vigencia, la disposición legal que innovó totalmente en la materia introduciendo e importando del derecho anglosajón el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” (artículo 340 del Código Procesal Penal) fue incorporada en el último momento de la discusión parlamentaria (“la idea no estaba en el proyecto primitivo y se introdujo, a última hora, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado”¹⁴²¹), lo que condujo a que fuera consagrado en términos extraordinariamente vagos e imprecisos bajo el pretexto de que era un concepto útil que estaba “suficientemente decantado”¹⁴²² en la doctrina y praxis judicial comparada y que, por tanto, su introducción eliminaba cualquier polémica en torno al grado de convicción que se requería para condenar¹⁴²³.

¹⁴²⁰ Al menos, hasta la fecha de publicación del texto de Daniela Accatino (año 2011) esta era la opinión generalizada en la doctrina nacional e incluso extranjera de la tradición del *civil law*. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 484. En el mismo sentido Ferrer, FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 20; FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* p. 503-504. En el mismo sentido pero en el campo del derecho procesal civil, véase LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 786.

¹⁴²¹ TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 310. Específicamente, según el estudio de Ramón Beltrán, se introdujo 4 meses antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal. BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 463.

¹⁴²² ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 493; TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* pp. 310-311; FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* p. 517.

¹⁴²³ Otra razón de esta inadvertencia y confusión por la noción acuñada de estándar de prueba queda en evidencia en otra fase de la tramitación parlamentaria: “(...) cuando el Senado modificó la disposición del proyecto inicial que requería para la

No obstante, conforme ha avanzado el tiempo, el tema en cuestión ha sido objeto de múltiples investigaciones científicas tanto en el derecho comparado de tradición continental (en la tradición anglosajona la discusión tiene una larga trayectoria que viene al menos desde el siglo XVII en adelante bajo la noción de “certeza moral”¹⁴²⁴) como recientemente en el derecho chileno. Así, por ejemplo, en España no solo se ha debatido en los últimos años a nivel académico sobre la posibilidad de formular un estándar de prueba penal para probar la suficiencia de la hipótesis de culpabilidad, sino que incluso se ha ampliado la discusión para determinar las exigencias en cuanto a si hay que dar o no la apertura a un juicio oral, a los criterios de evaluación de suficiencia de la hipótesis de inocencia (que no tienen necesariamente que tener el mismo baremo probatorio que la culpabilidad) y lo mismo en relación a la resolución de la prisión preventiva¹⁴²⁵.

En nuestro sistema procesal penal, los términos del estándar de prueba también se han desplegado -tímidamente y de manera muy reciente- sobre decisiones distintas y anteriores a la sentencia condenatoria. A decir verdad, no muy a menudo se pueden notar algunos indicios relativos a la concurrencia de un umbral de suficiencia probatoria en la concesión o denegación de la prisión preventiva, que es la materia que nos interesa. Nuestra investigación puede levantar como información a tener en cuenta, exiguos pronunciamientos jurisdiccionales a nivel de Corte Suprema, Corte de Apelaciones y juzgados de garantía (uno de los cuales ha sido comentado por importantes autores en la materia), los que dan cuenta de algunos rasgos mínimos relacionados con una regla de estándar al interior de esta medida cautelar personal, a saber:

[1.] “Que de verdad no pueden encontrar tales presunciones, si se atiende a que lo único que hay es la inculpación de un menor de ocho años de edad que no reconoce espontáneamente a un sujeto que haya visto en la vía pública, como su agresor, sino que lo hace, y tres días después del suceso, a instancias de su madre quien no habiendo presenciado el delito y por ende no conociendo la fisonomía

decisión de condena que ‘el tribunal hubiere adquirido la convicción de que realmente se ha cometido el hecho punible y que en él ha correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley’ y agregó que esa convicción debía ser ‘suficiente’, sin notar que la función del estándar de prueba es precisamente la de determinar cuándo los elementos de juicio son suficientes (o, en un lenguaje más próximo al del legislador, cuál es el grado de convicción suficiente)”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 13. V.t. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* pp. 493-494; ETCHEBERRY O., A. *op. cit.* pp. 8-9.

¹⁴²⁴ “Esta equiparación, utilizada intensamente durante el siglo XIX, es interesante, porque conecta al estándar de prueba penal con una tradición epistémica, la de la filosofía empirista inglesa del signo XVII (y especialmente la versión desarrollada por Locke en *An Essay Concerning Human Understanding*), que podría efectivamente ofrecer un marco para una elaboración del significado de la fórmula de la duda razonable, en la medida que utilizaba la expresión ‘certeza moral’ para designar el grado más alto de justificación al que podían aspirar las creencias sobre asuntos empíricos,(...)”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 409.

¹⁴²⁵ FERRER, J. 2007b. *op. cit.* p. 6.

del agresor, le indica al niño un sujeto que respondería a la descripción que el ofendido le dio, y solo entonces este corrobora las sospechas maternas”¹⁴²⁶.

Los académicos Duce y Riego comentando el considerando en cuestión, ponen énfasis en las diferentes exigencias normativas que existen entre los requisitos que impone la letra a) y la letra b) del artículo 140 del Código Procesal Penal para estimar su concurrencia. Sobre el particular, los autores expresan que “el litigante que argumenta sobre su procedencia o no y el juez que se pronuncia sobre ellos, debiera hacer un ejercicio de separación clara de ambas exigencias”¹⁴²⁷. A renglón seguido, criticando la mala práctica ejercida por los jueces penales, agregan: “Hay una cierta práctica en nuestros tribunales en la que el debate acerca del supuesto material se hace como un ‘paquete’ en donde estas dos exigencias se confunden. Lo mismo en las decisiones judiciales, en donde se tiende a dar por acreditado a ambas sin hacer distinciones de qué antecedentes acreditan qué elemento del artículo 140 del CPP”¹⁴²⁸.

[2.] **Undécimo:** “(...) Además, no puede desconocerse que una decisión condenatoria demanda un estándar más elevado de convicción -más allá de toda duda razonable- que aquel requerido para decretar la prisión preventiva -en lo que se refiere a la participación, presunción fundada-, motivo por el cual las disquisiciones de los jueces de fondo no pueden ser determinantes ni concluyentes para calificar como erróneas las previamente adoptadas por los jueces de garantía en la etapa preliminar del proceso penal”¹⁴²⁹.

[3.] (29:10): “No olvidar que nos encontramos en una etapa es intermedia, cual es una formalización de la investigación donde precisamente el análisis de admisibilidad del caso probable que en definitiva es lo que se denomina el presupuesto material, resulta ser en definitiva un *estándar probatorio de carácter intermedio*. En opinión entonces de este tribunal, la versión aportada por el imputado en esta audiencia por intermedio de su defensa, no logra contradecir de manera esencial la contundencia de los antecedentes que existen en la carpeta investigativa, a saber (...)”. (29:45)¹⁴³⁰

¹⁴²⁶ El caso se refiere a un recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado por un delito de robo, conocido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua. SCA de Rancagua: Rol N° 9-2004. [13 de mayo de 2004]. Cabe destacar que el considerando transcrito fue extraído desde DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 42.

¹⁴²⁷ *Ibid.* p. 42.

¹⁴²⁸ *Ibid.* p. 42.

¹⁴²⁹ La sentencia corresponde a un rechazo de la acción indemnizatoria por la vía de la responsabilidad del Estado-Juez. SCS: Rol N° 22.356-2014. [20 de abril de 2015]. Las cursivas son nuestras.

¹⁴³⁰ La transcripción realizada son las palabras emitida por el juez del 5° juzgado de garantía de Santiago, don Marcelo Reyes Pozo, en una audiencia de control de detención, formalización y discusión de medidas cautelares realizada el 03 de junio de 2016, en contra del imputado Bladimir Vergara por el delito de robo en lugar no habitado. QUINTO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. 2016. Audio de audiencia RIT 2164-2016. [03 de junio de 2016] [grabación de audio]. Pista audios_1600528842-1-1224-160603-00-02- FORM. (29:10 - 29:45). Las cursivas son nuestras.

Estos atisbos patatos en torno a la noción del baremo probatorio nos hacen pensar que son la representación de una pura casualidad, expresión de una evidencia jurisprudencial puramente anecdótica ocasionada, en parte, por la disparidad de influjos que se encuentran presentes en las tradiciones jurídico-continetales y anglosajonas que se han encargado del tema¹⁴³¹. No obstante lo anterior, ello no es óbice para comenzar a meditar de una vez por todas sobre la posibilidad de incluir o descartar reglas de estándares de prueba en la discusión de una medida cautelar personal como la prisión preventiva, en cuya virtud sea posible indicar las condiciones en presencia de las cuales la hipótesis cautelar posee, según la conexión lógica con las pruebas, un grado de corroboración inductiva suficiente que habilite al juez a darla por probada.

Lo segundo que conviene tener en consideración es que las reglas de la epistemología general y de la racionalidad empírica no pueden en un proceso judicial hacerlo todo (no al menos cuando se trata específicamente del momento procesal de la decisión sobre los hechos probados en un contexto de libre valoración de la prueba). En efecto, es el derecho conforme a sus criterios jurídicos y no la ciencia, el llamado a intervenir en su misión de fijar el umbral de suficiencia probatoria que establecerá cuál es el nivel de suficiencia probatoria que deberá exigirse para tener por probada una determinada proposición fáctica sobre la prisión preventiva¹⁴³². Esto, según veremos, lo hará en colaboración con la comunidad política que tendrá la obligación de deliberar político-moralmente y arribar a un acuerdo social relativo a los riesgos de error judicial que están dispuestos a tolerar en la toma de una determinada decisión judicial y al modo de distribuir éstos, ya sea de manera igualitaria o diferenciada. Dado este panorama conceptual, el formato de las preguntas que se ciernen sobre la materia son de la siguiente índole: ¿qué es más gravoso? ¿Conceder una prisión preventiva en contra de un imputado respecto del cual no existen antecedentes suficientes para su dictación o denegar una prisión preventiva en contra de un imputado respecto del cual sí existen antecedentes suficientes para su dictación? Responder a estas preguntas a través del estándar de prueba es de algún modo hacerse cargo de la falibilidad del conocimiento humano que reside en la judicatura.

Una vez definidas las preferencias políticas en esta convención social, los criterios de la epistemología pueden recién aconsejar al derecho (y no decidir por él) a determinar el nivel de suficiencia (mayor o menor exigencia) que requiere alcanzar una hipótesis fáctica que desea que se adopte una prisión preventiva en contra de un imputado, siempre sobre la base del grado de apoyo

¹⁴³¹ Ferrer incluso apuesta porque si bien, las posturas abolicionistas de Bentham no son la causa inmediata de la carencia de reglas de estándar en la legislación comparada, si han colaborado de alguna manera con la poca preocupación que se le ha puesto al tema y ha desplazado el foco hacia otras reglas probatorias. FERRER, J. 2010a. *op. cit.* pp. 22-23.

¹⁴³² ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. *op. cit.* p. 359; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* pp. 6, 13; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* p. 7; GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* pp. 109-110.

inductivo que las pruebas le entregan a dicha hipótesis¹⁴³³. Lo anterior, por lo demás, no es solo una opinión aislada de los juristas, sino que también es una arista admitida por los mismos epistemólogos: “Aunque el epistemólogo no puede decirle al sistema jurídico cómo deben ser distribuidos estos errores, lo que sí puede hacer es ayudarlo –una vez se ha decidido el peso relativo socialmente aceptable de los errores– preocupándose por cómo puede ser satisfecho de una mejor manera este peso relativo (por ejemplo, a través de la determinación de la altura de un estándar de prueba)”¹⁴³⁴.

Cabe destacar que esta consideración no es privativa del derecho, sino que también sucede en otros campos de la experiencia como “la farmacología, la historia, la epidemiología o la astronomía”¹⁴³⁵. Esto es, los estudios de la ciencia empírica pueden ayudar a sugerir algunas metodologías que representen, a través del estándar, el reparto del riesgo de error previamente elegido (ya sea en la toma de una decisión judicial en la prisión preventiva o, por ejemplo, en la puesta de un determinado medicamento en el mercado), pero en caso alguno definirán en forma definitiva el estándar de prueba específico, cuestión que en último término será fijado por la sociedad¹⁴³⁶.

En lo que sigue, estudiaremos las nociones más generales de un estándar de prueba y cómo su utilización apropiada podría ser ocupada para controlar intersubjetivamente la racionalidad de la decisión que incide en la prisión preventiva.

3.3.1. Algunas definiciones

Recordemos que el concepto de estándar de prueba se acuña dentro del *núcleo débil de la epistemología jurídica* cuyo objetivo prioritario es distribuir de una manera particular los riesgos de error que comete un determinado sistema judicial en un contexto de incertidumbre epistémica. Recordemos también que éste no es el único mecanismo jurídico o valor quasi-epistémico para cumplir esta finalidad. La presunción de inocencia -según vimos en el primer capítulo- también es uno de ellos.

Por otra parte, el baremo probatorio no es una herramienta cuya utilización se restrinja únicamente al derecho. En efecto, la noción de estándar de prueba es empleada también en esferas del

¹⁴³³ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 19.

¹⁴³⁴ LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 97.

¹⁴³⁵ FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 15.

¹⁴³⁶ Para los abolicionistas más extremos del derecho probatorio (aqueos que consideran que el derecho puede subordinarse a la ciencia), seguramente pensarán lo contrario, en el sentido de que la racionalidad empírica sí es capaz de poder fijar con sus propios mecanismos e instrumentos, el estándar de prueba. Véase STEIN, A. 2013. *op. cit.* p. 248.

conocimiento a extra muros del derecho, específicamente, en el espacio de la filosofía de la ciencia y el tratamiento que se les da a las hipótesis científicas¹⁴³⁷.

A continuación, ofreceremos algunas definiciones que la doctrina procesal y la epistemología jurídica han elaborado para este concepto:

(i) “Un EdP -en cualquier ámbito fuera del derecho en que se reclamen las pruebas (incluyendo las ciencias naturales, los ensayos clínicos en la medicina, las matemáticas, los estudios epidemiológicos, etcétera)- tiene la intención de indicar al investigador o aquel que se está cuestionando cuándo está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos”¹⁴³⁸. Lo que le interesa a la regla de estándar *laudiana* es que la evaluación sobre los hechos no dependa del grado de confianza subjetiva que el juzgador tenga sobre una determinada hipótesis, sino, dice el epistemólogo, “de los tipos de conexiones lógicas que deben existir entre la evidencia disponible y las hipótesis en cuestión a los efectos de considerar dicha hipótesis como probada”¹⁴³⁹.

En otra de sus publicaciones, Laudan define al estándar de prueba como “el umbral mínimo que ha de ser satisfecho a los efectos de aseverar que una hipótesis ha sido probada”¹⁴⁴⁰. A renglón seguido, agrega: “Más bien, su exigencia refleja una decisión colectiva por parte de la sociedad para ubicar el umbral referido en un punto y no en otro”¹⁴⁴¹. La decisión colectiva a la que se refiere el epistemólogo, según veremos más adelante, dice relación con los riesgos indefectibles de error que una sociedad determinada está dispuesta a tolerar dentro de un sistema de enjuiciamiento criminal (recuérdese que el ejercicio de la función jurisdiccional opera normalmente en un escenario de incertidumbre fáctica, anclado en un razonamiento probabilístico que acepta la posibilidad del error), cómo se pretende repartir el riesgo de error (vale decir, “el peligro de que un juez se equivoque”¹⁴⁴²), los costos políticos asociados¹⁴⁴³ y cuán demandante debe ser el umbral probatorio para que pueda reflejar en la mayor medida de lo posible, la elección político-moral en torno a la distribución igualitaria o diferenciada del error que se considera admisible.

¹⁴³⁷ GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* pp. 96-97.

¹⁴³⁸ LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 104; LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 124.

¹⁴³⁹ LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 105; LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 125-126.

¹⁴⁴⁰ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* pp. 104-105.

¹⁴⁴¹ *Ibid.* p. 105.

¹⁴⁴² LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* pp. 783-784.

¹⁴⁴³ “Esto sugiere que si de algún modo pudiéramos descifrar los costos relativos que la comisión de condenas falsas y de absoluciones falsas representa para la sociedad, quizá pudiéramos utilizar la razón proporcional de dichos costos como un mecanismo para determinar la severidad de nuestro EdP”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* pp. 110.

(ii) Otra definición interesante es la de Marina Gascón, para quien el estándar de prueba es una guía para la valoración racional de la prueba que establece los criterios para indicar cuándo está justificado aceptar como verdadera una determinada hipótesis sobre los hechos¹⁴⁴⁴. La construcción de esta guía de valoración racional exige dos presupuestos: (1) fijar el nivel de probabilidad que se requiere para aceptar una determinada hipótesis como probada o verdadera; (2) formular objetivamente los criterios o condiciones a partir los cuales se evaluara la suficiencia del grado de probabilidad inductiva de la hipótesis¹⁴⁴⁵. Las funciones que se le atribuyen a esta regla también es binaria: primero, es heurística, puesto que es a través de sus parámetros objetivos que el juez podrá tomar la decisión de la prueba sobre los hechos¹⁴⁴⁶; segundo, es justificadora, toda vez que la motivación de la decisión debe dar cuenta de si concurren o no los presupuestos que articula el mismo estándar para reconstruir materialmente la decisión sobre los hechos¹⁴⁴⁷. En síntesis, la utilidad de incorporar un umbral de suficiencia probatoria está en indicarle al juez lo que ha de hallar en las piezas probatorias que están a su disposición para favorecer la justificación racional de la decisión¹⁴⁴⁸.

Luego, la autora pone el acento en el elemento distintivo que configura toda regla de suficiencia probatoria, cual es distribuir entre las partes litigantes los riesgos de error que socialmente se consideran admisibles (“el de aceptar como verdadero lo que es falso o el de no aceptar como verdadero lo que es verdadero”¹⁴⁴⁹), conforme a las consideraciones previas de *policy*¹⁴⁵⁰. En el mismo sentido Alex Stein es otro autor que comparte la idea de que el estándar de prueba es un mecanismo a través del cual se trata de graficar las preferencias sociales en el reparto del riesgo del error, el que no puede quedar a merced de los jueces sino del acuerdo social democrático¹⁴⁵¹.

(iii) A su turno, Coloma define el concepto como “directrices acerca de cómo debiera distribuirse el potencial error en que podrían incurrir los jueces al dar por probada la historia favorable a las pretensiones del demandante o acusador”¹⁴⁵². La estipulación de esta regla autoriza la aplicación

¹⁴⁴⁴ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 129. En un sentido parecido, Rafael Hernández Marín, quien define un “estándar legal de prueba” como aquel concepto que permite “aludir a las condiciones que el Derecho exige para que un juez formule, como parte de la motivación de su decisión, un enunciado probatorio, sea positivo o negativo”. HERNÁNDEZ MARÍN, R. 2014. *op. cit.* p. 9.

¹⁴⁴⁵ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 129. En el mismo sentido, apoyando la formulación de Marina Gascón, véase: REYES MOLINA, S. 2012. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXV (N° 2): p. 236.

¹⁴⁴⁶ Apoyando la función heurística del estándar de prueba, véase VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 9; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 14.

¹⁴⁴⁷ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 129. Refuerza el apoyo de esta última idea referida a la función motivadora del estándar en un contexto de valoración racional en GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. *op. cit.* p. 160.

¹⁴⁴⁸ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 137.

¹⁴⁴⁹ *Ibíd.* p. 131.

¹⁴⁵⁰ *Ibíd.* pp. 130-131. En el mismo sentido, FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 143.

¹⁴⁵¹ STEIN, A. 2013. *op. cit.* p. 254. Este es el “el enfoque externo” que explica Jorge Larrocau en su trabajo. LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* pp. 792, 798.

¹⁴⁵² COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 211.

de una norma de sanción penal siempre que la hipótesis fáctica acusatoria goce de un suficiente grado de corroboración que designe a un individuo como probablemente culpable¹⁴⁵³. Siguiendo esta lógica, se impondrá entonces una medida de prisión preventiva en contra del imputado cuya hipótesis fáctica goce de un suficiente grado de confirmación lógica sobre la concurrencia de los presupuestos legales que justifican su imposición. En ambos casos descritos, se toma la precaución de no desconocer que los grados de corroboración de la hipótesis nunca serán objeto de demostración plena, puesto que es empíricamente imposible intentar suprimir absolutamente la duda o la incertidumbre¹⁴⁵⁴.

Desde otro punto de vista, las normas de estándar de prueba expresan la cantidad de información necesario que las partes deben reunir y proveer al proceso judicial para obtener inferencias probatorias adecuadas que permitan justificar racionalmente una decisión y controlarla intersubjetivamente¹⁴⁵⁵. Recuérdese que si se quiere reconstruir la verdad de un fragmento o trozo de la realidad, se necesita recopilar información fiable que la acerque a ella. En este sentido, la relevancia que le atribuya un determinado proceso judicial a la información que ingresa a él obedecerá, en último término, a los tipos estándares que se confeccionen y a la intensidad que se les adjudiquen a los mismos¹⁴⁵⁶.

Como es posible desprender de las definiciones y elementos principales señalados, la presencia de una regla de estándar de prueba es de una importancia capital, no solo para la decisión final sobre el juicio del hecho, sino para toda aquella decisión intermedia o preliminar que signifique disolver una incertidumbre epistémica. Una vez que se ha avanzado hacia el momento procesal de la valoración racional de la prueba (y de la verdad provisional, si se trata de las medidas cautelares personales), estableciendo cadenas de inferencias probatorias que conecten lógicamente las piezas probatorias disponibles con una determinada hipótesis sobre los hechos y comparando cualitativamente el grado de corroboración inductiva de cada una de las proposiciones en competencia (es decir, su mayor o menor grado de contrastación), es el momento de que comience a operar la fase procesal conocida como “decisión sobre los hechos”, de la mano de la construcción de una norma de estándar de prueba. Solo una regla de esta naturaleza jurídica podrá evaluar e indicarnos si una determinada proposición fáctica

¹⁴⁵³ “Los estándares de prueba se hacen cargo de la falibilidad del conocimiento que será utilizado como uno de los pilares de la decisión judicial, indicando que para tratar a las personas atribuyéndoles, por ejemplo, el estatus de *ladrón* o de *buen padre* o *buena madre*, se requerirá alcanzar un cierto nivel de comprobación; (...)”. *Ibíd.* p. 211.

¹⁴⁵⁴ *Ibíd.* pp. 211-212. El mismo sentido, RIEGO RAMÍREZ, C. 2003. *op. cit.* p. 13.

¹⁴⁵⁵ Según veremos más adelante, el estándar de prueba civil exigiría, según este particular punto de vista de Coloma, una cantidad de información inferior que la que requiere un estándar de prueba penal. COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 218. Sobre el estándar de prueba como herramienta de control intersubjetivo de las decisiones, véase también VALENZUELA, J. 2013. *op. cit.* pp. 20-21.

¹⁴⁵⁶ COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. *op. cit.* p. 309; LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 784.

(aquella que esté dotada del mayor grado de contrastación) ha cumplido apropiadamente las condiciones materiales de suficiencia que prevé el legislador para declararla como probada¹⁴⁵⁷.

Ahora bien, la riqueza conceptual que nos brinda este elemento de la actividad probatoria está sujeta a una restricción epistemológica. Ésta dice relación con que cualquiera sea la formulación objetiva que hagamos de la regla, y a pesar de que fijemos el umbral en un nivel elevado de exigencia, ningún estándar de prueba (en sede civil, penal, en una fase conclusiva, intermedia o preliminar del procedimiento) podrá eliminar en forma absoluta la incertidumbre epistémica y la posibilidad de cometer errores¹⁴⁵⁸. Podríamos sensatamente intentar suprimir totalmente una falsa sentencia (condenar a un inocente o absolver a un culpable) o una falsa medida cautelar (conceder erróneamente una prisión preventiva que no tenía mérito epistémico suficiente para ser concedida o denegar erróneamente una prisión preventiva que sí tenía mérito epistémico suficiente para ser concedida), pero cualquier intento será en vano dadas las condiciones naturales en las que se desenvuelve el proceso judicial y los límites invencibles a los que está subordinado el conocimiento humano.

Con todo, son muchas más las ventajas que se obtienen de contar con este tipo de reglas que las desventajas de no tenerlo. Además de las que ya hemos explicado, un beneficio adicional que aporta la idea de fijar una norma de esta naturaleza dentro del razonamiento probatorio judicial es que viene a reforzar la dilatada finalidad motivadora que tiene el derecho como instrumento regulador de las conductas humanas. En este sentido, un baremo probatorio viene a constituirse en la pieza final de la arquitectura de la premisa fáctica de la decisión que restablece la vigencia del imperio del derecho y la seguridad jurídica¹⁴⁵⁹. Corolario de lo anterior, en ausencia de un estándar de prueba aplicable en las medidas cautelares personales (o en su defecto, en presencia de estándares extraordinariamente imprecisos, subjetivos o aplicados deficientemente) la corrección racional de la decisión emitida sobre el juicio del hecho y la posibilidad de controlar intersubjetivamente los fundamentos en la que se ampara ésta, está condenada al fracaso.

3.3.1.1. ¿Pueden existir en un mismo proceso judicial más de un estándar de prueba?

¹⁴⁵⁷ Salvo por las referencias a la noción de “convicción”, García Amado explica muy bien el modo de operar de la regla de estándar: “Cuando el grado de convicción de la verdad de *H* o el grado de probabilidad de la verdad de *H* rebase, bajo esas condiciones y con esas bases probatorias, el estándar requerido, podrá válidamente declararse probado *H*”. GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 49-50. A contrario sensu, el tribunal deberá declarar como no probado la verdad de *H* cuando: “*a*) Se ha probado racionalmente, y con tales medios probatorios, la falsedad de *H*. *b*) No se ha alcanzado, con base en dichos medios, el grado de convicción requerido sobre la verdad de *H* o sobre el grado de probabilidad de *H*”. *Ibid.* p. 49-50.

¹⁴⁵⁸ LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 110; LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 130.

¹⁴⁵⁹ COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* pp. 207-208. Del mismo modo, FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 20.

Según hemos adelantado, la posibilidad de construir un regla de estándar cautelar exige, *ex ante*, establecer las preferencias político-valorativas respecto al riesgo de error (costos o daños sociales) que una determinada sociedad está dispuesta a soportar en mayor medida que otro (margen socialmente tolerable o “grado de falibilidad aceptable de una determinada conclusión sobre los hechos”¹⁴⁶⁰). Antes de iniciar esta reflexión, es preciso examinar la viabilidad de que dichas elecciones puedan tener lugar en cada una de las decisiones que son objeto de discusión en el transcurso del procedimiento criminal.

No hay dudas de que un sistema de justicia puede perfectamente consagrar distintas reglas de estándar según el tipo de proceso en el que se ventile la declaración de los hechos probados y los bienes jurídicos subyacentes que estén en disputa. Así se da, por ejemplo, en el proceso judicial civil donde predomina la regla de *preponderancia de la evidencia* (o *probabilidad prevaeciente*¹⁴⁶¹) aplicable para la dictación de la sentencia definitiva estimatoria o desestimatoria, y en el proceso judicial penal, donde reina la regla de *más allá de toda duda razonable* en la adjudicación de la decisión condenatoria o absolutoria.

Pero también es cierto que un específico modelo de justicia procedimental (como el que regula al proceso penal) puede exigir grados de apoyo inductivo divergentes, según sea el tipo de decisión particular que se deba tomar y la hipótesis fáctica a probar¹⁴⁶². Esto no debiera extrañarnos, si consideramos lo que ocurre en otros sistemas jurídicos comparados como el norteamericano o el español. En el primer caso, en la descripción analítica que hace del mismo Laudan, operan tres tipos de estándares explícitos (preponderancia de las pruebas [PDLP], pruebas claras y convincentes [PCyC] y *beyond a reasonable doubt* [BARD]¹⁴⁶³), para a lo menos 9 decisiones distintas (que van desde la decisión que sugiere arrestar a una persona *-causa probable-*, pasando por la audiencia preliminar de discusión de pruebas *-preponderancia de las pruebas* [PDLP]- hasta la decisión de culpabilidad o no culpabilidad probatoria *-beyond a reasonable doubt* [BARD])¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁶⁰ FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* p. 506.

¹⁴⁶¹ Llama la atención que en Chile aún no se haya zanjado a nivel legal cuál es el umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis fáctica en sede civil como probada, es decir, que acepta una pretensión civil (demanda del actor) o la rechace. Por defecto, podríamos decir que es el estándar de preponderancia porque distribuye en forma simétrica los riesgos de error, y porque además, es el que más se ocupa en el derecho comparado, constituyéndose en una suerte de regla general y supletoria (Ferrer, por ejemplo, considera que si no se distribuyen los riesgos en forma inequitativa es justamente porque se ha decidido por la premisa contraria, vale decir, distribuirlo en forma equitativa). A pesar de este relativo consenso, en nuestro ordenamiento jurídico local aún no está correctamente definido. Así al menos lo piensan autores como COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 217. Sobre el apartado de Ferrer, véase FERRER, J. 2010a. *op. cit.* pp. 22-23.

¹⁴⁶² Esto ha sido reconocido incluso por alguna porción de nuestra doctrina procesal local. Por ejemplo, BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 470.

¹⁴⁶³ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 94; LAUDAN, L. 2011c. ¿Es razonable la duda razonable? En: El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi., p. 185.

¹⁴⁶⁴ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 134. En el mismo sentido, STEIN, A. 2013. *op. cit.* p. 258.

En el segundo caso, en la crítica hecha por Ferrer al carácter extraordinariamente vago de las definiciones que da la Ley de Enjuiciamiento Criminal española sobre algunos umbrales probatorios, es posible reconocer varios estándares para la adopción de una pluralidad de decisiones tales como la prisión provisional, sobreseimiento libre, sobreseimiento provisional, procedimiento abreviado y apertura de juicio oral, sentencia, recurso de apelación, recurso de casación¹⁴⁶⁵, entre otros. Cabe destacar que para cada uno de estos estándares, incluido el asignado para la concesión o denegación de la prisión provisional, el autor considera que “el tenor literal de los mismos no es formulación de estándar alguno”¹⁴⁶⁶.

Por otro lado, se ha dicho que la pluralidad de situaciones probatorias hace prácticamente imposible que se fije un criterio único para la formulación de una norma de estándar común que sea capaz de contener todas y cada una de dichas hipótesis probatorias complejas¹⁴⁶⁷. Incluso en el seno de la literatura especializada anglosajona, donde el debate en torno a las reglas de estándar es más intenso y fecundo, se ha meditado la posibilidad de que en el momento procesal de la adjudicación penal, existan diversos estándares de prueba de condena según la naturaleza jurídica o gravedad del delito que se le impute al acusado, o dicho desde otra perspectiva, resulta inapropiado utilizar un único estándar para toda clase de delitos¹⁴⁶⁸. Algunas de las razones son las siguientes:

(i) No todos los delitos tienen asignada una pena privativa de libertad. Es más, un número importante de personas condenadas se ven beneficiados por penas alternativas a la privación de libertad¹⁴⁶⁹. En ese panorama, cuesta considerar que los costos sociales y las externalidades negativas asociadas a las condenas falsas sean siempre, y a todo evento, extremadamente altos. Según esta lógica de pensamiento, el estándar de duda razonable, por ser un estándar particularmente exigente, debiera ser reservado solamente para los delitos más graves¹⁴⁷⁰.

(ii) Dado que no todos los delitos tienen la misma sanción jurídico-penal, entre otras cosas, porque el principio de proporcionalidad demanda irrogar las penas más severas sobre aquellos delitos

¹⁴⁶⁵ FERRER, J. 2007b. *op. cit.* pp. 3-4; FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 141-142.

¹⁴⁶⁶ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 142. La regla de estándar española para este tipo de resolución provisional es la siguiente: “Art. 503: 1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos: (...) 2. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”. Ministerio de Gracia y Justicia de España. 2017. [en línea]. <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>> [13 octubre 2017].

¹⁴⁶⁷ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 135.

¹⁴⁶⁸ Laudan lo expresa de la siguiente manera: “(...), no estoy convencido de que ‘todo encaje en el mismo molde’”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 93. En el mismo sentido, véase LAUDAN, L. 2011b. *op. cit.* pp. 266-267. Reconociendo los méritos de esta idea, Daniela Accatino es de la opinión de que si llegara en un futuro a ser acogida en la cultura jurídica nacional, requerirá inevitablemente de una propuesta que modifique a nivel legal el estándar que ya está consagrado. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* pp. 503-504.

¹⁴⁶⁹ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 94.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.* pp. 93-94.

que afectan con mayor intensidad los criterios de legitimación material en que se fundamentan los bienes jurídicos considerados valiosos para la sociedad, la distribución de los recursos económicos, humanos y técnicos es ineficiente para alcanzar el alto nivel probatorio que exige BARD¹⁴⁷¹.

Esto lleva a Laudan a postular como candidato para ser aplicado a los delitos de menor gravedad, a un estándar intermedio conocido como “*pruebas claras y convincentes*” (PCyC), entre otras cosas, porque no es tan severo y pareciera ser más conocido para el juzgador de los hechos norteamericano¹⁴⁷².

De cuanto se ha expuesto, podemos deducir que por cada decisión judicial en que sea necesario aplicar un razonamiento de probabilidad inductiva que sea idóneo para disolver la incertidumbre fáctica que subyace a la determinación probatoria de los hechos, se requiere una regla de estándar que indique objetivamente al juez cuando está habilitado a tener por suficientemente probada una determinada hipótesis fáctica. Esto refuerza que la idea de plantear una discusión sobre la posibilidad (o imposibilidad) de diseñar un estándar de prueba objetivo que sea aplicable a la prisión preventiva no es una cuestión antojadiza, sino que está sustentado en fundamentos empíricos y teóricos sólidos. Si esto es así, por cada tipo de regla de estándar que se intente crear, se requerirá llevar a cabo un debate político-moral relativo a la distribución de los riesgos de error que están en juego.

3.3.2. Distribución del riesgo de error epistémico en la prisión preventiva: toma de postura

Desde un punto de vista epistémico, existen dos tipos de errores¹⁴⁷³. Uno es llamado *falso positivo*, consistente en declarar como probado (donde “como probado” se asimila a “verdadero”) una proposición fáctica que es falsa¹⁴⁷⁴. A contrario sensu, se conoce como *falso negativo* a aquel que consiste en no declarar como probado (donde “como probado” se asimila a “verdadero”) una proposición fáctica que es verdadera¹⁴⁷⁵. En la definición de Rafael Hernández Marín, nos encontramos frente a un *falso positivo* y un *falso negativo* en las siguientes situaciones: “*a*) Cuando sucede que la hipótesis acusatoria *H* es falsa y el juez formula el enunciado probatorio positivo “está probado *H*”, tiene lugar un ‘falso positivo’”¹⁴⁷⁶. En seguida, el autor agrega: “*b*) (...) vamos a analizar los casos en los que la hipótesis acusatoria *H* es verdadera y el juez formula el enunciado probatorio negativo ‘no

¹⁴⁷¹ *Ibid.* p. 94.

¹⁴⁷² *Ibid.* p. 95.

¹⁴⁷³ En el punto 1.7. del capítulo I y en el 2.1.2.2. del capítulo II ya adelantamos algo de esto.

¹⁴⁷⁴ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 143.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.* p. 143.

¹⁴⁷⁶ HERNÁNDEZ MARÍN, R. 2014. *op. cit.* p. 20.

está probada H' . Cuando esto ocurre, tiene lugar un ‘falso negativo’¹⁴⁷⁷. La terminología no es exclusiva de una declaración probatoria errada en sede judicial. También es aplicable al campo de la experimentación científica u otras ciencias sociales¹⁴⁷⁸.

Tradicionalmente el estudio de los falsos positivos y falsos negativos está asociada en materia procesal penal al símil entre condena de inocentes (aplicación de una norma de sanción penal a una persona que no cometió el delito) y absolución de culpables (la no aplicación de una norma de sanción penal a una persona que sí cometió el delito), respectivamente. No obstante, como hemos visto detalladamente a lo largo de esta memoria de grado, el riesgo de error que aqueja al procedimiento penal excede con creces la fase de enjuiciamiento, pudiendo detectarse errores en fases iniciales o intermedias del procedimiento penal¹⁴⁷⁹. Dicho esto, en esta investigación llamaremos *falso positivo* a la concesión errónea (epistemológicamente incorrecta) de una prisión preventiva en contra de un imputado respecto del cual no concurren los presupuestos materiales legales que exige esta medida cautelar. A contrario sensu, llamaremos *falso negativo* a la denegación errónea (epistemológicamente incorrecta) de una prisión preventiva en contra de un imputado respecto del cual sí concurren los presupuestos materiales legales que exige esta medida cautelar.

En un mundo ideal compuesto únicamente por procesos judiciales exitosos, la aspiración teleológica tenderá a establecer todos los mecanismos profilácticos necesarios para derribar en forma definitiva ambas clases de error. En efecto, en un sistema de enjuiciamiento criminal perfecto, no se pretende encerrar preventivamente a un imputado (y es deseable que se evite) respecto del cual no se disponen de antecedentes suficientes para justificar la adopción de la prisión preventiva, del mismo modo que tampoco se pretende dejar de encerrar preventivamente a un imputado (y es deseable que se evite) respecto del cual sí se disponen de antecedentes suficientes para justificar la adopción de la prisión preventiva. No obstante esta petición de principios, la probabilidad seria de no incurrir en el disenso existente entre lo que se declara probado y lo que efectivamente ha ocurrido, es fácticamente nula, salvo que nos dejemos llevar por una asombrosa ingenuidad, neguemos la evidencia empírica

¹⁴⁷⁷ *Ibíd.* pp. 20-21.

¹⁴⁷⁸ “No somos indiferentes ante los falsos positivos o falsos negativos en investigación farmacológica, de modo que preferimos un falso negativo (un medicamento que no supere el estándar y que, en cambio, sea beneficioso para la salud) a un falso positivo (un medicamento que supere el estándar y que, en cambio, sea perjudicial para la salud). Por ello, se define un estándar de prueba muy exigente que distribuye desigualmente los riesgos de error. En cambio, sí somos indiferentes ante la distribución de errores entre los falsos positivos y negativos en investigación histórica, por lo que el estándar de prueba se sitúa en la preponderancia de la prueba (es decir, en la exigencia de que la probabilidad de una hipótesis sea mayor que la de su negación)”. FERRER, J. 2010a. *op. cit.* p. 15. En el mismo sentido, Laudan: “Probablemente los investigadores clínicos consideren que certificar que el consumo de cierto medicamento no es seguro cuando no lo es, es más peligroso que negar que consumirlo cuando sí lo es”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 105.

¹⁴⁷⁹ Otra asignación de preferencias y ponderaciones interesante de analizar sería la disminución del riesgo de error de identificaciones erróneas, a costa de que aumenten la cantidad de personas culpables que no puedan ser identificadas. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* pp. 286-287.

existente, aceptemos la asunción de supuestos impensados (del tipo “nadie fuere encarcelado, o bien todos fueren encarcelados”¹⁴⁸⁰) o estemos dispuestos a someternos a procedimientos excesivamente dilatorios, ineficaces y de un ingente costo (tanto económico como social¹⁴⁸¹).

Todo esto nos lleva a tomar una decisión político-moral relevante que sea producto de una reflexión profunda y deliberada por cada uno de los miembros de la comunidad social. En la práctica, quienes deberán manifestar la voluntad soberana serán los representantes del Parlamento¹⁴⁸², sobre todo, si se trata de construir a nivel legal, mediante una propuesta de *lege ferenda*, una regla de estándar de prueba cautelar, objetivo y no ambiguo (hoy inexistente) que obligatoriamente deba ser aplicada por los jueces penales cuando se someta a su conocimiento la solicitud de prisión preventiva¹⁴⁸³.

La decisión valorativa tiene que ver con establecer una preferencia en torno a la categoría de error (falsa concesión v/s falsa denegación de la prisión preventiva) que con preeminencia deseamos evitar, lo que no es otra cosa que favorecer un margen de equivocación socialmente tolerable en desmedro de otro, por razones de índole moral, política o metas sociales¹⁴⁸⁴. Una vez que se ha tomado esta decisión, analizando los costos (externalidades negativas) y beneficios sociales intrínsecos y extrínsecos que comprende la elección, la pregunta siguiente que deberá hacerse la ciudadanía será determinar si estos falsos positivos y falsos negativos se distribuirán entre las partes en forma *simétrica* (igualitaria) o *asimétrica* (diferenciada). Evidentemente, si asumimos distribuir en forma diferenciada el error, es porque *ex ante* la sociedad considera que la comisión de un tipo de error judicial es más costosa que la producción de otro tipo de error judicial, por lo que se procurará evitar con mayor ahínco. El resultado que obtengamos de este consenso social incidirá en forma gravitante en el nivel de exigencia que le atribuyamos a la fijación del baremo probatorio para declarar (o no) como suficientemente probado una determinada proposición fáctica cautelar.

¹⁴⁸⁰ COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 20.

¹⁴⁸¹ COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. *op. cit.* p. 309. Estas dificultades y ponderación entre costos y beneficios de trabajar con información limitada, también constituyen un tema moderno que se debate por otros profesionales de la comunidad política. Así lo explica Cristián Riego con el siguiente ejemplo: “(...), si cada vez que acudimos a un médico este se abstuviera de diagnosticar y de prescribir un tratamiento hasta no tener plena certeza de la enfermedad de que se trata, los costos de la medicina serían muy altos, requiriéndose en cada caso innumerables exámenes. (...), muchas de las decisiones serían inoportunas porque muchas de las enfermedades habrían terminado o se habrían agravado durante el tiempo que tomaría un diagnóstico inequívoco”. RIEGO RAMÍREZ, C. 2003. *op. cit.* p. 12.

¹⁴⁸² FERRER, J. 2007a. *op. cit.* pp. 142-143. En el mismo sentido, FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* p. 505-506.

¹⁴⁸³ De todos modos, vale la pena cuestionarse un tipo de pregunta que sea inteligible y que denote una claridad para las personas que no tienen tanto acercamiento con el fenómeno jurídico, pero que pueda proyectar claramente su preferencia y el modo de articular el contrato social. Una pregunta en este sentido es la que propone Laudan cuando se trata de evaluar la proporción entre condenas falsas y absoluciones falsas: “¿cuántos homicidios y violaciones que queden impunes estaría usted dispuesto a aceptar por cada caso en que alguien es condenado erróneamente por los mismos delitos (homicidio y violación)”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 114.

¹⁴⁸⁴ ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. *op. cit.* p. 159.

La posición de *policy* que nosotros asumiríamos en torno a esta disyuntiva y que consideramos debe ser tenida en cuenta cuando el tema objeto de estudio se instale en una eventual discusión pública de carácter jurídico-procesal, es aquella que prefiere evitar el riesgo de que se decrete erróneamente una prisión preventiva en contra de un imputado respecto del cual no existen antecedentes suficientes que justifiquen los presupuestos legales materiales, en detrimento de evitar el riesgo de que erróneamente no se decrete una prisión preventiva en contra de un imputado respecto del cual sí existen antecedentes suficientes que justifiquen los presupuestos legales materiales. El objetivo de inclinarse en favor de una hipótesis de error epistémico, es que luego el umbral de suficiencia exigible pueda representar en la mejor medida de lo posible la razón proporcional adecuada entre falsas concesiones de prisiones preventivas y falsas denegaciones de prisiones preventivas (vale decir, las preferencias políticas relativas a la distribución del potencial riesgo de error).

Las razones que justifican adherirse a esta posición son variadas, y de diferente índole, las que seguramente no seremos capaces de describir minuciosamente en este momento. A pesar ello, trataremos de mencionar algunas notas a efectos de que puedan ser consideradas en el momento en que deba tomarse una postura relativa a la discusión:

(i) Los costos sociales de la concesión de una prisión preventiva falsa son mayores (más gravosos) que los de la denegación de una prisión preventiva verdadera. Como en toda decisión que opera en un contexto de incertidumbre fáctica, se involucran ciertos bienes jurídicos que inclinan la balanza en favor de una clase de error y en perjuicio de otro. Esto ocurre porque la articulación de una decisión no sólo está interesada en disolver una incertidumbre epistémica, sino que también desea proteger ciertos derechos, intereses y valores que son considerados fundamentales por la sociedad. En el proceso penal, los valores en tensión son, por un lado, la eficacia de la persecución penal, y por el otro, los derechos fundamentales del imputado (libertad personal y presunción de inocencia). En esta sede, tal como explicamos en los capítulos precedentes, está en riesgo la protección de uno de los valores sobre los cuales reposa- por antonomasia- el modelo procesal de corte acusatorio: la libertad personal. Cuando se acoge una solicitud de prisión preventiva que no cumple con la suficiencia de los presupuestos materiales y la necesidad de cautelar que habilitan su concesión, el derecho a la libertad personal del imputado se ve transgredida en la manera más intensa que un derecho fundamental pudiera ser vulnerado: su privación.

En lo que dice relación exclusivamente con la afectación al derecho a la libertad personal del imputado, la errónea dictación de una prisión preventiva comparte algunos rasgos con la errónea condena de una persona inocente. En efecto, en ambos casos se encierra injustamente al imputado, se desprestigia su buen nombre, se restringen derechos fundamentales colaterales (v.gr. el derecho a

sufragio, la libertad de trabajo), se aumentan las redes de contacto criminológico, y el prejuicio social conduce a la conculcación del derecho a la honra y la dignidad de la persona¹⁴⁸⁵. Es por esto que tal como la mayoría de la doctrina¹⁴⁸⁶ y la jurisprudencia¹⁴⁸⁷ considera socialmente más gravoso la condena de una persona inocente (la famosa máxima *blackstoniana*¹⁴⁸⁸ y el conocido caso “In re Winship”¹⁴⁸⁹ son sintomáticos de esto¹⁴⁹⁰), que la libertad (absolver) de una persona genuinamente culpable, nosotros consideramos que son mayores los efectos nocivos que se provocan en el imputado al que injustamente se lo encierra preventivamente, que los que daños sociales y sistémicos asociados al no encierro preventivo del imputado que justamente sí lo merecía.

Tal como dijera Ferrajoli, “el error judicial, a diferencia del error historiográfico o del científico, nunca es fecundo, pues sus consecuencias son en gran parte irreparables, especialmente si se produce en perjuicio del acusado”¹⁴⁹¹. En cambio, si en contra del imputado, aun siendo potencialmente culpable (porque, por ejemplo, la fiscalía considera tener antecedentes más que suficientes para llevar el caso a un juicio oral y lograr la condena del acusado), no se decreta la prisión preventiva en circunstancias que sí se cumplían de manera suficiente los presupuestos legales para su concesión, siempre queda a salvo más de una vía para que en otra oportunidad procesal, cumpliéndose los

¹⁴⁸⁵ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 111.

¹⁴⁸⁶ Decimos “mayoría” porque perfectamente puede haber un grupo de personas que con buenas razones justifique que la absolución de un culpable es más gravoso que la condena de un inocente. De hecho, en determinados momentos históricos, un tipo de sociedad lo consideró así. Así se intuye a lo menos en algunas citas bibliográficas que surgen del trabajo de Ignacio Castillo Val, quien cita la siguiente frase del fundador de la policía secreta rusa: “Mejor ejecutar diez hombres inocentes que dejar libre a un hombre culpable”. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 250. Otra cita puede ser extraída de la obra de Laudan, al parafrasear a Kemp Allen: “Nunca debemos olvidar... que la absolución de diez personas culpables es un error del sistema, que es exactamente diez veces más grande e injusto que la condena de una persona inocente”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 111. Es más, un conjunto de datos estadísticos y razones son expuestas por el mismo Laudan, v.gr., que el verdadero autor del delito esté libre con el potencial de seguir cometiendo más delitos ya que aún no ha sido capturado; la permanente sensación de injusticia que siente la víctima al saber que se liberó al supuesto culpable; las tasas de criminalidad podrían eventualmente aumentar si se tiene presente que los otros delincuentes pudieran también eludir la acción de la justicia y que el fenómeno de la absolución falsa no es tan ocasional como pareciera, etc. Sobre estas y más razones, véase *Ibid.* p. 111. Sobre la posibilidad de bienes jurídicos adicionales en juego como el de reducir la probabilidad de ser víctima de un delito, véase también LAUDAN, L. 2011b. *op. cit.* pp. 252-254. Otros, como Nieva, consideran que tanto el riesgo de condena de inocentes como el riesgo de la absolución de culpables son igual de intolerables. NIEVA FENOLL, J. 2013. *op. cit.* p. 167. La misma indiferencia ejemplifica Coloma al citar un pasaje de la Biblia del libro de los Proverbios, que expresa: “Justificar al malo y condenar al justo: ambas cosas abomina Yaveh (17:15)”. COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 215.

¹⁴⁸⁷ Solo a modo de ejemplo, podemos citar un fallo de la Corte Suprema que sigue esta lógica: “Decimooctavo: (...) desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también *la absolución del inocente*”. SCS: Rol N° 8.637-2011. [15 de noviembre de 2011]. Las cursivas son nuestras.

¹⁴⁸⁸ “Es mejor que diez personas culpables se libren del castigo a que un inocente lo sufra”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 103; LAUDAN, L. 2011b. *op. cit.* p. 241.

¹⁴⁸⁹ La manera en que lo hace es fijando un estándar de prueba penal (*beyond a reasonable doubt*) mucho más exigente que el ocupado en sede civil (estándar de preponderancia de la evidencia), corolario de la garantía constitucional del debido proceso, que mostraba su compromiso decidido con los derechos y garantías del acusado inocente, al punto de considerar que “es mucho peor que se condene a un inocente a que un culpable quede libre”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 489. En el mismo sentido, LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 104; LAUDAN, L. 2011b. *op. cit.* pp. 277-278.

¹⁴⁹⁰ Es interesante la perspectiva que adopta Castillo Val, para quien una condena falsa irroga perjuicios no solo en contra del imputado, sino que también en contra de la sociedad y la víctima. CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* p. 252.

¹⁴⁹¹ FERRAJOLI, L. 1995. *op. cit.* p. 58.

requisitos, pueda imponerse en su contra cualquier otra medida cautelar personal menos gravosa e igualmente eficaz para asegurar los fines del procedimiento. En el primer caso, el falso positivo no se repara nunca (sobre todo si los mecanismos de reparación patrimonial en nuestra cultura jurídica son prácticamente inexistentes cuando en la fase de enjuiciamiento se arriba a una sentencia absolutoria); en el segundo caso, en cambio, aún subsiste la posibilidad de que se repare el falso positivo a través de los medios que dispone la ley procesal.

(ii) Favorecer los *falsos positivos cautelares* en desmedro de los *falsos negativos cautelares* es una forma de proteger la posición del imputado que se encuentra situado en algún estadio procesal anterior al que se discute su culpabilidad o no culpabilidad probatoria (v.gr. audiencia de formalización de la investigación, audiencia de preparación de juicio oral), y que por lo tanto, aún lo asiste la protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Sólo una posición que prefiera evitar el yerro que se produce al conceder equivocadamente una prisión preventiva que no correspondía (situación que pudiera verse agravada si, *a posteriori*, el caso llega a juicio oral y concluye poniendo en libertad al acusado) es *compatible* con el valor de la presunción de inocencia en su faceta de regla de trato. Privilegiar el error contrario, es decir, el falso negativo cautelar, significa que estaríamos dispuestos a renunciar a la posición teórica de que la presunción de inocencia no se encuentra en riesgo en la discusión de una prisión preventiva, lo que equivale a tomar partido por una tesis *incompatibilista* que ya hemos rechazado enérgicamente. Por otro lado, distribuir el riesgo de una errónea concesión de la prisión preventiva en perjuicio del inocente (y en beneficio del funcionamiento del sistema), significa poner los incentivos en la persecución penal a cualquier precio, imponiendo toda la carga en el imputado y dispensando al sistema de justicia penal de cualquier responsabilidad patrimonial¹⁴⁹².

El argumento anterior es consistente además con la forma que después adopta el estándar de prueba de condena chileno en la fase específicamente de enjuiciamiento, el que condicionado por la regla de la presunción de inocencia en su vertiente de regla de juicio (*by default*¹⁴⁹³), decide precaver el riesgo de la condena de inocentes a pesar de que pueda incrementarse potencialmente el riesgo de la absolución de culpables¹⁴⁹⁴.

La fuerza de ambo argumentos y cualquier otro adicional que pudiera esgrimirse parecen ser provechosos a los efectos de tomar partido políticamente por la prevención de los *falsos positivos*

¹⁴⁹² DÍAZ LEIVA, N. y MUÑOZ OLIVARES, P. 2015. *op. cit.* p. 45.

¹⁴⁹³ En la concepción externa que explica Larrocau, los estándares cumplen la función de operar “por defecto”. Esto es, ante la incertidumbre epistémica y la proscripción del *non liquet*, la norma de estándar es la llave maestra para desempatar la incertidumbre (“tie-breaker”) y dar una solución judicial al problema de la prueba de los hechos. LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 796.

¹⁴⁹⁴ VALENZUELA, J. 2013. *op. cit.* p. 22; ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. *op. cit.* p. 162; COLOMA CORREA, R. 2004. *op. cit.* p. 21.

cautelares en desmedro de la prevención de los *falsos negativos cautelares*. Con esto, no queremos afirmar que la errónea denegación de una prisión preventiva que debió haber sido concedida sea algo trivial e insignificante. Solo queremos decir que el daño social que genera la concesión equivocada de esta medida cautelar personal es superior (es decir, la sociedad lo soporta con menor rigor) al daño social que genera la denegación equivocada de esta medida cautelar personal (es decir, la sociedad lo soporta con mayor rigor), razón por la cual nos predisponemos políticamente a buscar los mecanismos profilácticos que prevengan el primer tipo de error por sobre el segundo.

Finalmente, expresado en la concepción de Marina Gascón, la mayor o menor tolerancia respecto a cada uno de los riesgos de error es una cuestión de grado (*bastante* tolerante, *poco* tolerante, *muy poco* tolerante o *nada* de tolerante¹⁴⁹⁵). Siguiendo esta lógica de pensamiento, creemos ser *muy poco* tolerantes frente a los falsos positivos cautelares y ser *bastante tolerantes* frente a los falsos negativos cautelares. En este nivel de gradación, creemos que situarnos en los extremos de la completa intolerancia o de la plena tolerancia es caer en una impropiedad, porque si aceptamos absoluta tolerancia respecto de sólo un tipo de error es porque negamos la probabilidad de que acaezca el error opuesto (sería suponer ingenuamente que nunca se va a cometer el otro error, es decir, en términos *pascalianos* -utilizados solo con efectos pedagógicos- sería equiparar su frecuencia relativa al valor de 0), y si, por el contrario, somos absolutamente intolerantes respecto de sólo un tipo de error, es porque afirmamos la probabilidad de que acaezca el error opuesto (sería suponer ingenuamente que siempre se va a cometer el otro error, es decir, en términos *pascalianos*, sería equiparar su frecuencia relativa al valor de 1).

3.3.3. La severidad de los estándares en relación al reparto del riesgo de error

Una vez que hemos tomado partido en favor de una clase de error procesal (*falso positivo cautelar* en desmedro del *falso positivo cautelar*), hemos de tomar una segunda decisión valorativa que incorpora un cierto matiz técnico, el que podemos llamar de segundo grado. En efecto, el problema que ahora asedia y que debemos resolver dice relación con determinar si el riesgo de error epistémico debe ser repartido en forma *simétrica* o *asimétrica* entre las partes litigantes de un proceso (acusador y acusado). La respuesta que demos a esta cuestión teórica será crucial para definir con claridad el nivel de suficiencia apropiado que tendrá el estándar de prueba cautelar.

A. Reparto simétrico del riesgo de error

¹⁴⁹⁵ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 131.

Cuando hablamos de repartir el riesgo de error en forma *simétrica* significa que los daños que puede provocar declarar como probada una proposición fáctica que es falsa (v.gr. que el sujeto “X” sea obligado coactivamente a pagar una suma de dinero que no debe) son equivalentes a los daños que puede provocar declarar como no probada una proposición fáctica que es verdadera (v.gr. que el sujeto “X” no sea obligado coactivamente a pagar una suma de dinero que sí debe¹⁴⁹⁶). Esto es típicamente lo que se da en un escenario procesal civil (entendido en sentido amplio, vale decir, comprensivo de cuestiones estrictamente patrimoniales, familiares o laborales) informado por el *principio de indiferencia*, el cual dispone que a la sociedad, *a priori*, desde un punto de vista valorativo, le es indiferente tantos los riesgos de equivocación judicial que pudieran favorecer al actor (a costa del demandado) como los riesgos de equivocación judicial que pudieran favorecer al demandado (a costa del actor¹⁴⁹⁷).

Lo que explica esta simetría en la distribución de los riesgos son los valores jurídicos que se encuentran en juego. Lo que caracteriza el ámbito de actuación de las normas dispositivas de naturaleza civil es una forma de autorregulación de las esferas de los particulares respecto de las transacciones que realizan éstos en el tráfico jurídico-económico en un plano de igualdad. Cuando nos referimos a un escenario estrictamente civil (es decir, de derecho común, no de derechos especiales como el de familia o laboral) lo que está en disputa son los intereses individuales de los sujetos privados, entre los que destaca el patrimonio o la libertad (no intromisión). En este sentido, siguiendo la caracterización que hace Coloma de este formato de error, “lo que generalmente se está provocando es la realización de actos que distribuyen bienes (dinero, empleos, tuiciones, etc.), bajo la aparente justificación de que así se estaría haciendo circular dichos bienes conforme a lo previsto por el sistema jurídico; o al contrario, se estaría bloqueando una cierta forma de distribuir bienes bajo la aparente justificación de que ella no sería conforme a lo previsto por el sistema jurídico”¹⁴⁹⁸.

Otra singularización de los intereses jurídicos que están presentes en el ámbito que regula las relaciones entre los privados la hace Jorge Larroucau al referirse al estatuto de responsabilidad extracontractual. En los modelos generales de atribución de responsabilidad por un ilícito civil que genera daño en la víctima se encuentran en constante tensión, por un lado, el bien jurídico de la libertad de acción, y por el otro, la seguridad¹⁴⁹⁹. El resguardo de ambos intereses es necesario para una vida en sociedad, de tal manera que su tutela es igualmente valiosa. Esto se traduce en que el riesgo de acoger una demanda civil cuando el demandado no es jurídicamente responsable (los datos probatorios

¹⁴⁹⁶ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* pp. 13-14.

¹⁴⁹⁷ COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 216; LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 789.

¹⁴⁹⁸ COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 216.

¹⁴⁹⁹ LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* pp. 784-785.

disponibles corroboran en mayor grado inductivo la proposición fáctica que es epistemológicamente falsa) es igual de indeseable que rechazar una demanda civil cuando el demandado si es jurídicamente responsable (los datos probatorios disponibles no corroboran en mayor grado inductivo la proposición fáctica que es epistemológicamente verdadera¹⁵⁰⁰).

Como podemos ver, el peso relativo adjudicado por el contrato social a cada uno de los bienes jurídicos en competencia es equivalente. Ahora bien, debemos hacer una prevención, y es que aunque ambos errores sean igual de costosos, no significa que la concretización de un tipo de error compense al otro¹⁵⁰¹. Dicho esto, el estándar de prueba que mejor se ajusta a la estructura de impacto relativo del error es el *estándar de probabilidad prevaleciente*, muy común en los sistemas de tradición anglosajona, el que no requiere apilar una gran cantidad de información para que la regla sea probatoriamente satisfecha. Según veremos hacia el final de este capítulo, lo medular de esta regla es que exige un umbral mínimo que debe ser superado por los elementos de prueba suficientes que justifiquen una proposición fáctica (en este caso, la del actor civil). Es decir, lo que demanda el estándar en comento es que el grado de confirmación de la proposición fáctica sea más probable (más verdadera) que su negación¹⁵⁰².

El provecho que se extrae de fijar el umbral probatorio en un punto medio (valor de [0,5], si ocupamos un esquema de probabilidad cuantitativa solo para fines ilustrativos) es que mina la dificultad que asedia a los tribunales civiles de contar con recursos limitados para la búsqueda de la verdad relativa, pues, como señala Larroucau, “impide que un relato basado en hechos verdaderos sea finalmente descartado porque no satisfizo una exigencia probatoria excesiva”¹⁵⁰³. Si esto es así, y sólo estuviéramos interesados en los fines epistémico del proceso, esta norma sería el estándar más óptimo para satisfacer el fin de averiguación de la verdad¹⁵⁰⁴.

B. Reparto asimétrico del riesgo de error

En cambio, cuando consideramos por los argumentos vertidos precedentemente, que el impacto social del error es más grave cuando se declara como probada una proposición fáctica que es falsa, que cuando no se declara probada una proposición fáctica que es verdadera, el riesgo indefectiblemente debe ser distribuido en forma *asimétrica*. Esto significa que dada nuestra previa consideración de

¹⁵⁰⁰ El autor ejemplifica la forma en que se da esta relación de igualdad en el derecho sucesorio: “(...): si alguien cuestiona la capacidad del testador para disponer de sus bienes en su testamento lo que tiene que resolver el juez es una tensión entre dos cuestiones valiosas, el respeto de la última voluntad de alguien sobre su patrimonio y la censura de actos fraudulentos de quienes pueden haber manipulado al testador”. *Ibid.* p. 785.

¹⁵⁰¹ *Ibid.* p. 790.

¹⁵⁰² LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 94; FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 116.

¹⁵⁰³ LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 789.

¹⁵⁰⁴ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 488.

policy en torno a los intereses jurídicos involucrados (principalmente las garantías del acusado) en la adopción de la prisión preventiva, hemos preferido reducir los falsos positivos cautelares (riesgo de que se decrete una prisión preventiva que es falsa) aún a costa de que, correlativamente, se incrementen los falsos negativos cautelares (riesgo de que no se decrete una prisión preventiva que es verdadera¹⁵⁰⁵). Para ello, hemos de optar por un estándar de prueba que sea más exigente que el que se da en el proceso civil pero menos severo que el utilizado para la decisión de condena penal¹⁵⁰⁶ (*más allá de toda duda razonable*¹⁵⁰⁷). Utilizando con fines pedagógicos la escala numérica de gradación entre 0 y 1, podemos señalar que por cada aumento del nivel de severidad para declarar probada una hipótesis fáctica de la regla de estándar que esté por encima del punto de equilibrio ([0,5]), se producen las siguientes consecuencias: se reduce la frecuencia relativa de la concesión de prisiones preventivas falsas y, al mismo tiempo, se incrementa la frecuencia relativa de la denegación de las prisiones preventivas verdaderas¹⁵⁰⁸.

Lo anterior se da porque se requiere mayor cantidad y mejor calidad de información idónea a la que demanda la norma de suficiencia probatoria civil para poder traspasar el umbral que justifica ordenar en forma correcta una prisión preventiva. Al elevar el umbral de exigencia y entrar en competencia fines quasi-epistémicos en favor del imputado que exceden (y tienen intereses dispares) a los puramente epistémicos del proceso¹⁵⁰⁹, decrece el riesgo de equivocarse al decretar una prisión preventiva porque se requieren mayores elementos de prueba disponibles de buena calidad. Sin embargo, contemporáneamente, se incrementa el riesgo de equivocarse al no decretar una prisión preventiva, puesto que si el grado de confirmación lógica que aportan las pruebas disponibles a la proposición fáctica cautelar (sugerida por el fiscal o el querellante) es superior a la proposición fáctica incompatible con ella (sugerida por la defensa del imputado), pero no es capaz de superar el nivel

¹⁵⁰⁵ Esta es una opción política similar a lo que pasa con la duda razonable en Chile y en gran parte de los sistemas jurídicos del *civil law* y *common law*. Para ello, véase *Ibíd.* p. 487; FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 48; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* p. 91.

¹⁵⁰⁶ “Este estándar de prueba, como se ha dicho, es particularmente elevado, por lo pronto, mucho más alto que el de sede civil, porque, a decir de Taruffo, en el proceso penal entran en juego las garantías a favor del imputado, que no tienen un equivalente en el proceso civil”. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* p. 88. En el mismo sentido, TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 301.

¹⁵⁰⁷ La lógica de aumentar o disminuir el nivel de exigencia del estándar de prueba y su repercusión para la comunidad política (en relación, por ejemplo, a la dosis de beneficio de la duda que debería incorporar la misma norma de estándar) es particularmente claro cuando está en discusión la conminación o no conminación de una norma de sanción penal en la persona que comete un delito: “Si el EdP fuese menos demandante que el estándar previo, la sociedad tendría un interés fundado en velar para que los juicios concluyan en decisiones absolutorias, debido a que tal estándar atenuado estaría condenando a una proporción más grande de personas genuinamente inocentes que la proporción que la sociedad estaría dispuesta a aceptar. Si al contrario, el EdP fuese más demandante, entonces la sociedad preferiría que los juicios culminaran en decisiones condenatorias, dado que en tal caso los juicios respectivos tenderían a producir más absoluciones falsas de las que la sociedad quiere aceptar, lo cual se refleja en el consenso en torno a *m*”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 119.

¹⁵⁰⁸ “Como ha dicho Michael Dekay (1996: 97): ‘Estándares de prueba más altos conducen a más absoluciones erróneas y a menos condenas erróneas, si todo lo demás permanece igual’”. *Ibíd.* p. 110.

¹⁵⁰⁹ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 130.

elevado de exigencia del estándar de prueba cautelar, la proposición fáctica se tendrá por rechazada (no probada o improbablemente verdadera¹⁵¹⁰).

Debemos hacer otra salvedad. Elevar el umbral de suficiencia en los casos penales en que el juez se enfrenta a antecedentes de naturaleza cautelar no se explica únicamente porque la relevancia de los bienes jurídicos involucrados hace que la colectividad conceda cierta protección especial en favor del imputado que no se daría en un ámbito no-penal. De hecho, la doctrina más moderna ha cuestionado rigurosamente la fuerza de este argumento, entre otras cosas, porque al abanico de normas de sanción penal que se imponen a título de castigo frente a individuos que infringen mandatos de comportamiento se ha ampliado profusamente a nivel abstracto y, seguidamente, en la individualización concreta y posterior ejecución de la pena, sumado a que cada vez con mayor frecuencia las formas de solución al conflicto penal se da por la vía de salidas alternativas distintas al juicio oral, lo que hace que la privación de la libertad (o en su momento, la proscripción paulatina de la pena de muerte típica en los sistema anglosajones medievales) no se dé con la asiduidad que en otros tiempos se daba¹⁵¹¹. Esto podría a llevarnos a cuestionar la respuesta tradicional y cuasi automática que se ofrecía en torno a que los intereses jurídicos envueltos en el procesal penal sean necesariamente socialmente más valiosos que los que interactúan en el proceso civil¹⁵¹².

A pesar de la advertencia, el argumento que podemos denominar “clásico”, sigue siendo el que mayor grado de apoyo concita entre los teóricos del derecho. Cabe señalar que han emergido algunas nuevas razones en la discusión procesal al momento de determinar el grado de exigencia de un estándar y que vale la pena comenzar a poner en el centro de atención. Estas tienen que ver con las dificultades probatorias que generan ciertos tipos de hechos¹⁵¹³ o el desequilibrio de recursos entre las partes litigantes para ejercer la actividad probatoria en pos de la defensa de sus pretensiones¹⁵¹⁴.

C. Quid del asunto

¹⁵¹⁰ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 487.

¹⁵¹¹ Por lo mismo, se ha dicho que el derecho penal, en tanto instrumento de control social de última *ratio*, ha progresivamente desdibujado sus contornos. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 140; LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 792.

¹⁵¹² Seguramente si se le pregunta hipotéticamente a un padre de familia elegido de modo aleatorio, cuál es el daño que estaría dispuesto a aceptar entre que le quiten la custodia definitiva de su hijo menor y estar con la condición de firma mensual a título de salida alternativa por un delito de manejo en estado de ebriedad, elegiría -hipotéticamente- la segunda opción sin problemas.

¹⁵¹³ “Así, por ejemplo, seguramente las condenas por delitos de agresión sexual serían muy escasas si a la prueba de éstos se les exigiera el mismo nivel de corroboración que a los delitos de homicidio: en muchas ocasiones en los primeros se cuenta únicamente con la declaración de la víctima respecto de muchos de los hechos a probar (la falta de consentimiento, la identificación del agresor, etc.)”. FERRER J. 2007a. *op. cit.* p. 140.

¹⁵¹⁴ “El órgano encargado de la persecución de los sospechosos de haber cometido un crimen cuenta casi siempre con un decidido apoyo de la Policía y de laboratorios especializados, en la búsqueda de ejecutar correctamente su cometido. A contrario, los recursos con que cuenta el acusado para defenderse ante la imputación que sobre él recae, suelen ser más bien precario. En el ámbito civil, en cambio, no hay diferencias iniciales que siempre favorezcan a los demandantes por sobre los demandados, ni viceversa”. COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* pp. 216-217.

Una vez que hemos solucionado el problema de elección político-moral en torno al tipo de error que preferimos evitar su acaecimiento y de qué modo debemos repartir su producción en desmedro del error opuesto, hemos de proponer algunas líneas generales en torno a un eventual estándar de prueba cautelara que pudiera hacerse cargo de la racionalidad en la concesión o denegación de la prisión preventiva. Una manera de aproximarnos a este dilema teórico y técnico es intentar responder la siguiente pregunta:

¿Cuánta denegación de prisiones preventivas verdaderas está dispuesta la sociedad a soportar para evitar la concesión de una prisión preventiva falsa?

Este es el quid del asunto. La respuesta que el pacto social otorgue a la formulación de este cuestionamiento contribuirá a determinar el nivel de severidad apropiado que el estándar de prueba sugerido debe tener. Esto es lo que Laudan llama el valor *n* para referirse a “la razón proporcional socialmente aceptada de absoluciones falsas contra condenas falsas”¹⁵¹⁵ (que no es otra cosa que un modo de expresar las percepciones sociales mediante la proporción *blackstoniana* representada por la fracción 10/1). Sin embargo, abordar esta pregunta termina siendo un tema sumamente crítico toda vez no sabemos con exactitud la distribución real del número de imputados que enfrentados a una audiencia de medidas cautelares personales, debieran efectivamente ser sometidos al régimen de prisión preventiva (en el sentido de que en su contra, realmente, concurren los presupuestos legales que dispone el artículo 140 del Código Procesal Penal).

Evidentemente, nosotros tampoco estamos en condiciones de descifrar cuantitativamente el costo relativo que la colectividad está dispuesta tolerar en el sentido de dejar preventivamente libre a una persona respecto de la cual existen en su contra antecedentes suficientes para justificar la existencia del delito que se le imputa y que permitieren presumir fundadamente la participación de ésta en calidad de autor, cómplice o encubridor, en pos de que no se encierre preventivamente a una persona respecto de la cual no existen los antecedentes mencionados anteriormente, o si existieran, estos son insuficientes, de mala calidad o poco fiables. De hecho, si tuviéramos el valor preciso de esta ratio proporcional, sería mucho más fácil poder determinar el nivel de severidad del estándar de prueba cautelara que se propone introducir. Sin embargo, la posibilidad cierta de contar con este valor es prácticamente nula¹⁵¹⁶ (adicionalmente, téngase en cuenta que será extremadamente complejo que la

¹⁵¹⁵ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 110. Más adelante, el epistemólogo explora una razón proporcional distinta para poder repensar la regla de estándar de la duda razonable, designando con la letra “m” para indicar la proporción de absoluciones verdaderas contra las condenas falsas. *Ibid.* p. 117.

¹⁵¹⁶ El mismo Laudan explica que ni aun utilizando fórmulas matemáticas para determinarlo (“teoría estándar de las utilidades esperadas”) es posible que su valor pueda verse materializado en la construcción de un estándar y en su correcta aplicación posterior. *Ibid.* pp. 115-117. Sobre los problemas que presenta la fórmula blackstoniana, véase LAUDAN, L. 2011b. *op. cit.* pp. 242-246.

colectividad llegue a un consenso en torno a una cifra exacta), y aun cuando lo tuviéramos, el valor no garantiza en caso alguno que la fabricación de la regla de estándar manifieste en forma exacta la ratio proporcional tolerada entre prisiones preventivas verdaderas y prisiones preventivas falsas, ni que su aplicación produzca los efectos jurídicos esperados en torno a la divergencia entre lo que se declara por probado y la reconstrucción de lo que realmente ocurrió. Incluso, una mala interpretación del mismo podría llevar a confundir la elaboración y ejecución de la norma de estándar con razonamientos probabilísticos cuantitativos que resten valor al peso lógico probatorio que pueda tener la contundencia o debilidad de las pruebas.

No obstante esto, en lo que sí podemos avanzar es razonando sobre los prototipos de estándares de prueba más usuales que se encuentran vigentes en el derecho continental y anglosajón, y determinar cuáles de ellos no se ajustarían, en principio, a los patrones y demandas de razonabilidad en que se inspiraría un contrato social deseable en torno al dilema del uso racional y correcto de la prisión preventiva. Para ello, ya sabemos algo clave: un estándar débil (en términos de fijarlo en un punto de exigencia moderada) distribuye igualitariamente *-simétricamente-* los falsos positivos y los falsos negativos; en cambio, un estándar fuerte (en términos de fijarlo en un punto de exigencia alta, o al menos, superior al punto de exigencia media) distribuye diferenciadamente *-asimétricamente-* los falsos positivos (disminuyéndolos) y los falsos negativos (aumentándolos).

Este vínculo lógico entre el reparto del riesgo de error y el nivel de severidad del estándar se sintetiza de mejor manera recurriendo a las palabras de Marina Gascón: “(...) cuanto más exigente sea el estándar para probar un hecho, más racional será la decisión que declara probado ese hecho, pues un SP muy exigente minimiza la posibilidad de error y maximiza la posibilidad de acierto”¹⁵¹⁷. A contrario sensu entonces, a menor exigencia del estándar, el grado de racionalidad de la decisión disminuye, puesto que se incrementan las posibilidades de cometer errores¹⁵¹⁸.

3.3.4. Tipos de estándar

Según hemos analizado en detalle, la fijación a nivel legal de un estándar de prueba en general, hace que se distribuyan de una forma no discrecional los riesgos de error entre las partes litigantes. La distribución que hemos hecho nosotros es de índole garantista, acorde a la protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia que favorece al imputado durante todo el iter procesal y a la estructura político-valorativa que subyace al proceso penal chileno. En lo que sigue, describiremos los

¹⁵¹⁷ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 130.

¹⁵¹⁸ “A menos exigencia del estándar probatorio, más concesión se hace a la posibilidad de declarar probado el hecho que materialmente no aconteció o no acontece”. GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 77.

estándares de prueba más comunes que serían susceptibles de ser aplicados en la decisión cautelar de la prisión preventiva. Según nuestra visión, estos serán clasificados de acuerdo a si pueden ser acordes o no a los propósitos que persigue la emisión de la resolución judicial, teniendo como punto de orientación el reparto de riesgo de error cautelar que hemos elegido.

Existen al menos, tres estándares de prueba que reciben una extensiva aplicación en el derecho nacional y comparado. Estos son: (i) estándar de probabilidad prevaleciente; (ii) estándar de “más allá de toda duda razonable”; (iii) estándar de pruebas claras y convincentes¹⁵¹⁹. Si bien nos hemos opuesto al razonamiento probatorio basado en esquema de probabilidad cuantitativa (*pascaliana*), lo utilizaremos sólo para efectos ilustrativos, asignándole a cada regla de estándar un valor numérico (entre 0 y 1) con efectos de graficar el grado de corroboración o nivel de severidad que deben superar las pruebas disponibles para tener por suficientemente acreditada una proposición fáctica.

El estándar de “probabilidad prevaleciente” requiere que el grado de corroboración de la hipótesis traspase el valor aproximado de [0,50]. El estándar de “más allá de toda duda razonable” requiere que el grado de corroboración de la hipótesis traspase el valor aproximado de [0,90] o [0,95]. El estándar de “pruebas claras y convincentes” requiere que el grado de corroboración de la hipótesis traspase el valor aproximado de [0,75]. Evidentemente que un esquema basado en los criterios de la probabilidad numérica resulta más fácil a la hora de determinar si una determinada proposición fáctica puede considerarse probada en la medida que la relación de corroboración equivale a calcular el valor que las pruebas le dan soporte a la hipótesis en competencia (desde un punto de vista explicativo es, a lo menos, un poco más simple de lo que pudiera demandarse de un esquema de probabilidad inductiva), pero aun así no logra sortear todos los defectos que evidenciamos cuando explicamos cada uno de estos esquemas.

Teniendo estos valores de referencia, pasaremos a evaluar cada uno de estas normas de estándar como eventuales candidatos para determinar su relación de adecuación a la justificación racional de las hipótesis fácticas litigiosas que se discuten en la prisión preventiva.

3.3.4.1. Propuestas negativas de estándar de prueba cautelar

¹⁵¹⁹ Algunos autores como Susan Haak, citado por García Amado, añade como cuarta alternativa el estándar de “sospecha razonable” o “causa probable” que se exige para la diligencia de registro. No lo tomaremos en cuenta por considerarse dentro del ámbito de la investigación más que del propio ámbito judicial. *Ibid.* p. 71.

Llamaremos propuestas negativas a aquellos estándares que, en nuestra interpretación, no se ajustan a los niveles deseados de exigibilidad probatoria que requiere la adopción de la prisión preventiva.

A. Estándar de probabilidad prevaleciente

Este tipo de estándar, conocido también como “estándar de preponderancia”¹⁵²⁰, “preponderancia de la evidencia (o de la prueba)”¹⁵²¹, “regla de más probable que no”¹⁵²² (more likely than not) o “balance of probabilities” (en Canadá)¹⁵²³, es aquel utilizado en el proceso civil ordinario, el cual exige un grado de probabilidad mínimo para que pueda considerarse probada una determinada proposición sobre los hechos (por eso el grado de probabilidad de la hipótesis a probar debe ser capaz de alcanzar, a lo menos, el punto de equilibrio equivalente al valor de [0,50]). En palabras de Marina Gascón, “una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte ‘más probable que no’; es decir, más probable que su correlativa hipótesis negativa”¹⁵²⁴. En este sentido, la elección racional entre la presencia de diversas hipótesis en competencia (la que afirma -para nuestro objeto de estudio- el establecimiento de la prisión preventiva o aquella que niega o es incompatible con el establecimiento de la misma) será en favor de aquella aserción fáctica que reciba un grado de apoyo lógico relativamente mayor (que recibe un grado mayor de corroboración) a través de las piezas probatorias que se encuentren disponibles¹⁵²⁵, o dicho de otra manera, se escogerá aquella proposición cuya preponderancia de las pruebas que la apoyen sea superior a las proposiciones que la niegan¹⁵²⁶.

Cabe señalar que a pesar de ser éste el estándar que distribuye en forma equitativa los riesgos de error judicial en sede civil, contiene igualmente una leve inclinación en favor del demandado. En efecto, si el demandante no logra superar la intensidad probatoria mínima que exige el legislador, su pretensión civil será desestimada¹⁵²⁷.

Este estándar no puede ser aplicado para la discusión de la prisión preventiva porque el modo de repartir el riesgo de error es simétrico y no diferenciado como propusimos nosotros. En este sentido,

¹⁵²⁰ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* p. 11.

¹⁵²¹ TARUFFO, M. 2005. *op. cit.* p. 119; LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 102; FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* p. 508.

¹⁵²² TARUFFO, M. 2005. *op. cit.* p. 119.

¹⁵²³ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* p. 101.

¹⁵²⁴ GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* p. 130.

¹⁵²⁵ TARUFFO, M. 2009a. *op. cit.* p. 299; TARUFFO, M. 2009b. *op. cit.* p. 41. En el mismo sentido, ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 486.

¹⁵²⁶ RAY, R. R. 1934. *op. cit.* p. 5.

¹⁵²⁷ LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 790. En un sentido similar, TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 317.

es una norma más interesada en disminuir potencialmente la producción del error que en su distribución¹⁵²⁸. Dado que en el proceso civil no existe una regla cardinal de carácter presuntivo en favor del demandado (como la presunción de inocencia en su vertiente de regla de prueba) que entregue algo distinto a las reglas generales del *onus probandi*, y que por tanto, desequilibre el principio de igualdad sobre el cual se mueven los particulares, es adecuado que esta regla se mantenga en un nivel mínimo de severidad para la disputa civil¹⁵²⁹, pero no lo será para los propósitos que nosotros buscamos en orden a entregar una herramienta útil al juez penal para pronunciarse sobre la medida de prisión preventiva. Por otro lado, aquellos que defienden la subsistencia de esta regla en sede civil lo hacen porque consideran que el umbral mínimo ofrece mejores niveles de rendimiento para que los sujetos privados motiven su conducta en conformidad a las reglas del comportamiento¹⁵³⁰. Sin embargo, este argumento no solo es predicable del estándar de prueba prevaleciente, sino de todos aquellos que se fundamentan en criterios objetivos de racionalidad bien definidos para la toma de una decisión sobre los hechos.

A pesar de no ser el estándar que nosotros consideramos como el más apropiado para ser utilizado en la concesión o denegación de la prisión preventiva, vale la pena tenerlo en cuenta a efectos de su estudio porque no solo ha sido de aplicación recurrente en el proceso civil, sino porque también ha recibido acogida en algunas decisiones de carácter penal, como por ejemplo, en el sistema judicial norteamericano a propósito de lo que el acusado debe probar en la audiencia probatoria preliminar¹⁵³¹, y también, para lograr una sentencia absolutoria desde la defensa activa o pasiva del acusado en el juicio oral¹⁵³².

B. Estándar de “más allá de toda duda razonable”

Este estándar de prueba de notoria influencia en el derecho continental y anglosajón tampoco es adecuado para los fines en los que se inspira la disolución de la incertidumbre en la toma de una

¹⁵²⁸ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 104. En efecto, si la elección entre una hipótesis fáctica y otra se resolviera únicamente con criterios generales de racionalidad, bastaría elegir aquella hipótesis cuyo grado de confirmación lógica es mayor a las restantes. Pero ya hemos visto que la naturaleza del proceso penal hace que nos interese por algo más que la pura averiguación de la verdad. Sobre esta idea, véase ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. *op. cit.* p. 352.

¹⁵²⁹ TARUFFO, M. 2005. *op. cit.* p. 118. En el mismo sentido, FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* pp. 508-509.

¹⁵³⁰ LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 791.

¹⁵³¹ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 165.

¹⁵³² “E incluso si miramos en detalle la posición del acusado es posible hilar más fino, según si él ha presentado una hipótesis amparada en una justificación (‘una defensa cimentada en la conducta’) diciendo que ciertos hechos avalan su comportamiento, el estándar aplicable será el de ‘más allá de toda duda razonable’, o bien, en una excusa (‘defensa orientada hacia el actor’), alegando que aunque su conducta es reprochable hay rasgos de su personalidad que aminoran o eliminan su responsabilidad criminal, en cuyo supuesto se aplica el mismo estándar que para las discusiones civiles, o sea, la probabilidad prevaleciente”. LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 784.

decisión racional relativa a la prisión preventiva, por varias razones que procederemos a sintetizar a continuación:

(i) La primera razón es que se trata de una regla extraordinariamente ambigua. Considérese, por ejemplo, que en el sistema judicial norteamericano han existido a lo menos cinco acepciones relativas al concepto (ratificadas incluso por la Corte Suprema), las que de distintas maneras a lo largo del tiempo han sido puestas en conocimiento de los miembros del jurado por medio de instrucciones que permita a éstos emitir su veredicto condenatorio o absolutorio¹⁵³³ (nótese que incluso hasta antes del famoso caso “In re Winship”, la prueba sobre la hipótesis de la culpabilidad “más allá de toda duda razonable” era asimilada a tener la certeza moral de que el acusado era culpable¹⁵³⁴). El punto de irracionalidad extrema a la que ha llegado la jurisprudencia anglosajona ha sido evitar realizar cualquier tipo de definición en torno a la duda razonable por considerarla una noción auto-evidente y de una entrañable familiaridad que no requeriría agregar ninguna nota explicativa al mismo¹⁵³⁵. En general, el denominador común presente en cualquiera de estas dispares conceptualizaciones que uno revise en la literatura anglosajona, es aquel en que prevalece el estado mental subjetivo del juzgador de los hechos (o la intensidad de su convicción) para condenar, por sobre la contundencia objetiva, la calidad o la fuerza de las pruebas¹⁵³⁶.

A los problemas de la indeterminación de la cláusula se suma en estos sistemas jurídicos que los miembros del jurado están dispensados de tener que motivar su decisión, de manera tal que las consecuencias jurídicas se agravan y se siguen reproduciendo los problemas asociados a la íntima convicción (noción cuya pretensión inicial de superación terminó, en los hechos, sin éxito). En

¹⁵³³ BARD como “aquella seguridad en creencias que consideramos apropiada para la toma de decisiones importantes en la vida”; “tipo de duda que haría que una persona prudente vacilara en actuar”; “convicción estable en la culpabilidad del acusado”; “aquella duda para la cual puede ofrecerse una razón”; “creencia altamente probable”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* pp. 68-83; LAUDAN, L. 2011c. *op. cit.* pp. 127-157. En el mismo sentido, una síntesis de esto puede verse en ETCHEBERRY O., A. 2008. *op. cit.* pp. 10-11.

¹⁵³⁴ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 67. Recuérdese que estos mismos vestigios de la “certeza legal condenatoria” y la “certeza moral absolutoria” fueron arrimados hacia nosotros desde el antiguo estándar de convicción del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal hasta el día de hoy en que impera la duda razonable en Chile. Tal como considera Alfredo Etcheberry, a pesar de algunas diferencias relevantes, ambas reglas de convicción se fundamentan en el mismo principio (aquel que indica que para condenar se requiera alcanzar una determinada íntima-convicción). ETCHEBERRY O., A. 2008. *op. cit.* p. 1. En un sentido similar, véase FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* p. 515; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* pp. 497-498. De hecho, prevalecen importantes académicos nacionales (como el profesor Julián López) que definen el estándar de duda razonable como certeza moral, adhiriendo a esta tesis interpretativa por la sencilla razón de que la judicatura chilena estaría habituada a trabajar con esa noción (es decir, estarían acostumbrados a decidir en base a la convicción interna o la psiquis mental). HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Tomo II. *op. cit.* p. 164.

¹⁵³⁵ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 85. Algunos tribunales anglosajones han incluso preferido no hacer referencia al término “más allá de toda duda razonable”. Así lo explica Etcheberry: “En R. v. Summers (1952) leemos: ‘Es mucho mejor, en vez de usar las palabras ‘duda razonable’ y después tratar de explicar qué significa esa expresión, decirle al jurado: ‘Ustedes no deben condenar a menos de que estén seguros (‘satisfied’) por la prueba dada por la acusación, de que el delito fue cometido’”. ETCHEBERRY O., A. 2008. *op. cit.* p. 11.

¹⁵³⁶ “BARD seguirá estando a merced de la devastadora crítica de que confunde la fuerza o intensidad de una creencia (que puede ser totalmente irracional) con que la creencia en cuestión esté justificada”. LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* pp. 101-102.

definitiva, al decir de Ferrer, “por su vaguedad extrema, no indica un umbral o nivel de suficiencia de la prueba que sea intersubjetivamente controlable”¹⁵³⁷.

Entre nosotros, el problema de vaguedad inherente a esta regla ha calado hondo en nuestra doctrina procesal, al punto de que al menos se reconocen tres escuelas de pensamiento sobre el significado de la duda razonable. Claudio Fuentes Maureira las resume de esta manera: “en primer lugar, encontramos una corriente que estima que el estándar de convicción es equivalente a aquel consagrado en el ACP. Una segunda corriente sería aquella que se remite a los conceptos elaborados por la doctrina de Estados Unidos de Norte América y, finalmente, una corriente que vela por definir el estándar alejándolo de aquella noción que apela al convencimiento psicológico del juez y acercándolo a una noción epistémica, (...)”¹⁵³⁸. En otro trabajo, Cristián Riego intenta dar algunas pautas objetivas que alejen al estándar de duda razonable de la subjetividad y de su abismante imprecisión, intentando orientar a los tribunales chilenos a discriminar entre las dudas razonables de las que no lo son (dudas marginales que no fundarían su razonabilidad en la entidad de la duda son, en su interpretación, los cabos sueltos, los elementos imaginarios o los componentes ilógicos¹⁵³⁹). Sin embargo, el autor concluye que a pesar de los intentos por superar la ambigüedad, “no estamos en condiciones de ofrecer una teoría o solución conceptual consistente, aplicable de manera general a todos los casos”¹⁵⁴⁰.

Del mismo modo, la tendencia jurisprudencial chilena al menos durante los diez primeros años de la entrada en vigencia de la reforma, no especifica con claridad un criterio unívoco sobre el concepto de duda razonable, pudiendo identificarse al menos cuatro distintas líneas jurisprudenciales distintas que se desprenden de la *ratio decidendi* procesal en relación al estándar de prueba. El mismo Claudio Fuentes Maureira analizó un total de 40 sentencias (31 pronunciamientos a nivel de tribunales de juicio oral en lo penal y 9 a nivel de Cortes de Apelaciones¹⁵⁴¹), llegando a las siguientes versiones sobre la razonabilidad de la duda: (i) duda razonable como “entidad de la duda que aqueja al Tribunal”¹⁵⁴²; (ii) duda razonable como “sinónimo de prueba de baja calidad”¹⁵⁴³; (iii) duda razonable equivalente al “resultado de una versión alternativa de los hechos”¹⁵⁴⁴ y (iv) duda razonable equivalente “la certeza moral o convicción”¹⁵⁴⁵.

¹⁵³⁷ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 146.

¹⁵³⁸ FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* p. 518.

¹⁵³⁹ RIEGO RAMÍREZ, C. 2003. *op. cit.* pp. 15-16.

¹⁵⁴⁰ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 499.

¹⁵⁴¹ FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* p. 527.

¹⁵⁴² *Ibid.* p. 528.

¹⁵⁴³ *Ibid.* p. 530.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.* p. 532.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.* p. 534.

Como se puede apreciar, los intentos que la doctrina y la jurisprudencia han hecho por uniformar los criterios de suficiencia en torno a la duda razonable, han decantado finalmente por eludir el problema de la indeterminación más que por resolverlo en forma provechosa.

(ii) La segunda razón para oponerse a la formulación de este estándar para ser aplicado por los tribunales penales a la solicitud de prisión preventiva, es que su nivel de exigencia es muy alto. El contenido de esta regla, al margen de las críticas que se despliegan en su contra por la ausencia de parámetros objetivos que clarifiquen su substrato material, eleva el grado de severidad que la prueba debe alcanzar para justificar la hipótesis acusatoria al punto de que para condenar se necesita “el desplazamiento de hipótesis explicativas de los datos disponibles que sean compatibles con la inocencia del acusado”¹⁵⁴⁶. Por otra parte, a pesar de que una de las razones para importar el estándar de duda razonable de la experiencia comparada fue lograr que el sistema procesal chileno pudiera arrojar condenas a pesar de contar con información parcial, que no era indubitada (distinto a la plena certeza que exigía el estándar de convicción anterior que, en la práctica, sólo podía ser obtenido mediante la colaboración del imputado expresado en confesiones ilegítimas o el hallazgo de delitos flagrantes^{1547 1548}), el estándar sigue buscando derrotar la presunción de inocencia mediante la consagración de un nivel de exigencia probatoria particularmente intenso¹⁵⁴⁹. Ahora bien, cabe destacar que no siempre una alta exigencia probatoria ha sido sinónimo de una protección sistemática de la posición del imputado (el antiguo artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal¹⁵⁵⁰ que adscribe a un sistema de íntima convicción es una muestra de esto¹⁵⁵¹).

La provisionalidad e instrumentalidad que posee la decisión cautelar exige un nivel de información mucho menor que el que requiere la disputa sobre el carácter definitivo de una sentencia condenatoria, de manera que si bien la hipótesis de error cautelar que se encuentra en tensión presenta una intensidad similar a la de la conminación penal (en ambos casos, querámoslo o no, está en juego

¹⁵⁴⁶ VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 9; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 15.

¹⁵⁴⁷ FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* p. 516.

¹⁵⁴⁸ Esto ha llevado a algunos comentaristas nacionales a opinar que el antiguo estándar de convicción si bien era irregular, era mucho más exigente que el de la duda razonable. TAVOLARI, R. 2009. *op. cit.* p. 310; ECHEVERRÍA R., G. 2011. La defensa y los inocentes encarcelados. Revista 93 de la Defensoría Penal Pública. Año 2 (N° 6): p. 24.

¹⁵⁴⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 489; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* p. 111.

¹⁵⁵⁰ Artículo 456 bis: “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue hay adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”. [CHILE. Ministerio de Justicia. 1906. Código de Procedimiento Penal. 19 febrero 1906].

¹⁵⁵¹ “Esto no solo se debe a que la obtención de información se realiza a través de métodos que vulneran su autonomía, sino también al hecho de que en la práctica el castigo se aplica anticipadamente por medio de medidas provisionales como la prisión preventiva o la libertad provisional, las que requieren estándares bastante más bajos de convicción, con lo cual esta alta exigencia probatoria para la condena se constituye en un componente de poca relevancia concreta en el funcionamiento del sistema procesal y se limita más bien a ser un elemento que otorga coherencia ideológica al sistema en su pretendido compromiso con la verdad histórica”. RIEGO RAMÍREZ, C. 2003. *op. cit.* p. 10.

una privación injusta de la libertad), sigue siendo en términos materiales, mucho menor¹⁵⁵². Por otro lado, y haciéndonos cargo de un tema pendiente que quedó en el capítulo II¹⁵⁵³, si aceptáramos que el estándar de duda razonable es susceptible de ser aplicado en la decisión de la prisión preventiva, tendría asidero la crítica que con tenacidad hemos rechazado, en cuanto a que la aplicación de la prisión preventiva constituye una suerte de pena anticipada. En efecto, si en el momento de la discusión sobre la concurrencia de las hipótesis legales materiales que prevé el artículo 140 de la legislación procesal se aplica la regla de estándar que se diseñó para discutir la concurrencia de las hipótesis legales de condena del artículo 340 del Código Procesal Penal, no estaríamos sino adelantando la etapa de juicio oral (y con ello, la faceta de la presunción de inocencia en su regla de juicio) y distorsionando cada uno de los principios y presupuestos esenciales que fundamentan las medidas cautelares personales. Como vimos en su oportunidad, esto pudo haber tenido sentido dentro del paradigma que regía a las instituciones cautelares en el sistema inquisitivo (“en aquellos casos en que se encontraba el imputado en prisión preventiva, si no se contaba con suficiente prueba para condenar, igualmente se pronunciaba un fallo condenatorio asignando como pena el tiempo que el imputado estuvo bajo el régimen cautelar”¹⁵⁵⁴), sin embargo, hoy sería un completo despropósito y atentaría gravemente con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

(ii) La tercera, y última razón, para oponerse a la aplicación de la regla de duda razonable viene a cerrar todo lo que hemos venido analizando arduamente a lo largo de esta memoria de grado, y es que la conformación, interpretación y aplicación de BARD hacen que en esencia se trate de un umbral de suficiencia profundamente subjetivo (tanto en su versión académica como en la versión que ha acuñado la judicatura penal nacional y comparada¹⁵⁵⁵), el que no precisa de condiciones epistemológicas intersubjetivamente controlables para racionalizar la decisión. En efecto, como hemos dicho reiteradamente, lo que exige este estándar de la hipótesis acusatoria es que logre traspasar un umbral alto que no es otra cosa que conseguir que los jueces (sean miembros de un jurado lego o jueces profesionales) consoliden una creencia firme -subjetiva- en la culpabilidad del acusado¹⁵⁵⁶. En lo que Laudan ha tildado como una “parodia”¹⁵⁵⁷ del sistema, el mismo ha dejado en evidencia con algunos

¹⁵⁵² VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* pp. 9-10; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* pp. 15-16.

¹⁵⁵³ Nos referimos a la página 233 del capítulo II.

¹⁵⁵⁴ FUENTES MAUREIRA, C. 2011. *op. cit.* p. 517.

¹⁵⁵⁵ LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* p. 100.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.* p. 99; LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 126. En el mismo sentido, Daniel González Lagier: “Antes hemos visto que el estándar de prueba de la duda razonable (o el de la íntima convicción) planteaba tres problemas: *a*) era desigualitario, pues ante las mismas pruebas, jueces distintos pueden tener o no una duda razonable; *b*) no permitía el control, pues dada su subjetividad y falta de precisión del estándar, basta con que el juez diga que ha tenido una duda razonable y *c*) era irracional, al no poderse controlar que la duda estuviera basada en criterios racionales”. GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* p. 111.

¹⁵⁵⁷ Lo ha hecho al extremo de considerar que incluso en los juicios que se desarrollaban en la Edad Media (donde se exigía la comparecencia de dos testigos presenciales que sean creíbles o una confesión del acusado) tenían más rasgos de evaluación objetiva de la hipótesis a probar que el mismo BARD. LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* pp. 106-107.

pronunciamientos jurisprudenciales estadounidenses como funciona la lógica de BARD: “(...), el sistema lo único que les dice a los juzgadores de los hechos es lo siguiente: al final del juicio, piense detenidamente acerca de la evidencia; observe cuál es el nivel de confianza que ha alcanzado acerca de la culpabilidad del acusado; y, si usted está realmente seguro de que él cometió el crimen, entonces debe condenarlo; si, por el contrario, usted está algo menos que profundamente persuadido, absuélvalo”¹⁵⁵⁸. Al no especificar ningún criterio objetivo para que los jueces puedan decidir racionalmente sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado, el estándar en cuestión decanta en una cuestión introspectiva, incontrolable e irracional, y que por lo tanto, no responde a ninguna relación lógica de corroboración entre las proposiciones fácticas que están en disputa y los elementos de juicio disponibles. Cabe destacar que esto que se predica de la aplicación subjetivista de BARD también se replica en el modelo de justificación legal chileno de los enunciados probatorios, al menos, desde la perspectiva apuntada por Accatino: “(...), la determinación de su suficiencia para tenerlos por probados queda abandonada a una suerte de epifanía inefable que acontece en el juzgador”¹⁵⁵⁹.

A pesar de algunas objeciones que se han propugnado en contra de la tesis *laudiana* sobre que no hay forma de verificar si efectivamente las instrucciones que reciben los jurados son efectivamente aplicadas, toda vez que el sistema anglosajón no cuenta con la obligación de motivar sus veredictos condenatorios o absolutorios, por lo que malamente estarían obligados a racionalizar su decisión (ni aun en el caso de que la formulación de la instrucción fuera perfecta¹⁵⁶⁰), Laudan se ha preocupado de demostrar que el problema no es la motivación, ni mucho menos las aceptables sugerencias de modificar el sistema de organización judicial desde un cuerpo de ciudadanos legos a uno de jueces expertos con amplia formación jurídica, sino que el gran problema es que BARD, sea para un juez profesional con la obligación de fundar sus decisiones o para una persona común y corriente, lleva más de dos siglos siendo esencialmente subjetivo, ambiguo e ininteligible¹⁵⁶¹.

En conclusión, dejar la decisión en manos del subjetivismo del juez, esto es, dejar a su arbitrio introspectivo cuándo es suficiente una determinada prueba sobre los hechos, hace imposible cualquier tipo de control intersubjetivo sustentando en criterios mínimos de racionalidad. No sin razón desde hace un tiempo distintos teóricos del derecho, operadores jurídicos y epistemólogos, han propuesto algunas alternativas metodológicas que pretendan superar el subjetivismo de la duda razonable, las que van desde la reinterpretación de BARD en clave objetiva (incluida la posibilidad de exigir -de *lege*

¹⁵⁵⁸ *Ibid.* p. 104. El mismo Laudan cita el caso “Jackson v. Virginia” de 1979 donde el Tribunal Supremo habla de “estado subjetivo cercano a la certidumbre”. *Ibid.* p. 105.

¹⁵⁵⁹ ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. *op. cit.* p. 358.

¹⁵⁶⁰ TARUFFO, M. 2005. *op. cit.* p. 120.

¹⁵⁶¹ “¿Qué podría aportar obligar al jurado justificar su decisión de que no tiene una duda razonable sobre la culpabilidad, si ‘duda razonable’ no tiene un significado claro?”. LAUDAN, L. 2005b. Una breve réplica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.* (Nº 28): p. 154.

lata- la unanimidad de los votos de los jueces adjudicadores¹⁵⁶²) hasta la sustitución completa de BARD por otra regla que sea realmente objetiva, clara y que se preocupe de que la decisión relativa a la prueba de los hechos establezca una relación de corroboración suficiente entre los elementos de prueba y la hipótesis de culpabilidad probatoria¹⁵⁶³.

Por último, para ser justos, la única ventaja que podemos reconocer en esta clase de estándar es que compartiría con el eventual estándar cautelar que se construya, un elemento garantista distintivo: en ambos casos se distribuye en forma diferenciada el riesgo de error con miras a reducir, en el caso de la decisión final, las sentencias condenatorias erróneas (condenas de inocentes), y en el caso de la decisión provisional, la concesión de prisiones preventivas erróneas.

3.3.4.2. Propuestas positivas de estándar de prueba cautelar

Llamaremos propuestas positivas a aquellos estándares que, en nuestra interpretación, sí se ajustan a los niveles deseados de exigibilidad probatoria que requiere la adopción de la prisión preventiva.

A. Estándar de pruebas claras y convincentes

El estándar de pruebas claras y convincentes (“clear and convincing evidence”¹⁵⁶⁴ o “clear, convincing, and satisfactory”¹⁵⁶⁵) es una suerte de probabilidad prevaleciente reforzada y es una propuesta interesante de analizar teniendo en cuenta que su nivel de exigencia puede ser una proyección del reparto de riesgos de error por el cual nosotros hemos optado para la prisión preventiva.

¹⁵⁶² Esta es la sugerencia de autores nacionales como Raúl Carnevali e Ignacio Castillo Val. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* pp. 105-111. La misma exigencia de unanimidad es propuesta por Alfredo Etcheberry (aunque mediante un mecanismo de *lege ferenda*), sobre todo, si los tribunales penales chilenos son de carácter letrado, lo que los obliga a dar razón justificatoria de sus decisiones y conclusiones. No entenderlo así significaría inferir que el juez del voto disidente o bien, es irracional, o que la mayoría de los miembros que condena están adoptando un criterio probabilístico y no de una duda razonable. ETCHEBERRY O., A. 2008. *op. cit.* pp. 13-14. Una postura crítica a esta recomendación es la sostenida por Accatino, al expresar: “que aunque la exigencia de unanimidad para la decisión de condena en el proceso penal podría operar como garantía adicional frente al riesgo de error con respecto al acusado, su adopción no resuelve los problemas de indeterminación del estándar de prueba. (...) En otras palabras, seguiría abierta la cuestión de si esa condena que afirma unánime y razonadamente la ausencia de dudas está bien razonada (y, recíprocamente, si en caso de absolución, la duda unánimemente razonada, está bien razonada)”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. *op. cit.* p. 500.

¹⁵⁶³ LAUDAN, L. 2005b. *op. cit.* pp. 154-155. El mismo Laudan sugiere a lo menos tres propuestas alternativas, una de las cuales corresponde a la de Ron Allen. LAUDAN, L. 2005a. *op. cit.* pp. 107-108. Otras alternativas que puedan igualmente proteger a los inocentes de una condena errónea, son propuestas por éste en LAUDAN, L. 2011b. *op. cit.* pp. 287-288. Otras tantas innovaciones relativas a reglas de estándar de prueba de condena puede encontrarse en FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 147; IGARTUA SALAVERRÍA, J. 2001. *op. cit.* p. 479; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. *op. cit.* p. 19; GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. *op. cit.* pp. 136-137. A modo de complemento, el resumen de las propuestas de estándar de condena de Laudan, Ferrer y Allen y algunas críticas en contra de ellas pueden ser vistas en GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. *op. cit.* pp. 113-114.

¹⁵⁶⁴ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 140.

¹⁵⁶⁵ BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 470.

En efecto, se trata de una regla cuyo nivel de severidad es intermedio, es decir, superior al de la probabilidad prevaleciente ocupada para casos civiles ordinarios pero inferior al exigente estándar de “más allá de toda duda razonable”¹⁵⁶⁶ aplicado a casos penales. Si tuviéramos que graficar su nivel de severidad probatoria utilizando la escala frecuentista aritmética para especificar exactamente en qué punto se justifica concluir que los elementos probatorios suficientes han declarado probado un enunciado fáctico sobre los hechos, deberíamos ubicarlo en la marca donde el intervalo indique el valor [0,75], dando cuenta con ello que la parte en quien reside la carga de acreditar la proposición fáctica de la pretensión civil “debe mostrar que su prueba no sólo es más probable que la de la parte contraria, sino que tiene un alto grado de probabilidad hasta el punto de producir convencimiento”¹⁵⁶⁷.

Este estándar es empleado en algunos casos civiles bien específicos como “la cesación de los derechos paterno-filiales, las cuestiones relacionadas con la ciudadanía, el contenido de un testamento”¹⁵⁶⁸. La aplicación diferencial de esta regla se nota sobre todo en el ámbito jurídico de las sucesiones por causa de muerte¹⁵⁶⁹, cuestión que viene a confirmar que el reparto de riesgo de error puede producirse en cualquier esfera de los hechos donde los intereses de los particulares se vean potencialmente afectados. Así, por ejemplo, los valores jurídicos en pugna en materia de derecho sucesorio quedan claros en el siguiente fragmento: “si alguien cuestiona la capacidad del testador para disponer de sus bienes en su testamento lo que tiene que resolver el juez es una tensión entre dos cuestiones valiosas, el respeto de la última voluntad de alguien sobre su patrimonio y la censura de actos fraudulentos de quienes pueden haber manipulado al testador”¹⁵⁷⁰.

¿Qué significa que para establecer enunciados declarativos de hechos probados se requiere de elementos de confirmación *claros y convincentes*? La *claridad* tiene por objetivo despejar cualquier noción sustentada en la ambigüedad, en elementos equívocos, vagos o contradictorios. La *convicción*,

¹⁵⁶⁶ “el juez, si el juez determina los hechos, o el jurado, si el jurado determina los hechos, debe creer que es altamente probable que los hechos sean verdaderos o existe; aunque no es necesario creer al punto de casi certeza, o más allá de una duda razonable que son verdaderos o existen, o que ellos ciertamente son verdaderos o existen; aunque no es suficiente [tampoco] para creer que es simplemente más probable que ellos sean verdaderos o existan o que sean falsos o no existan”. BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 471.

¹⁵⁶⁷ ETCHEBERRY O., A. 2008. *op. cit.* p. 10.

¹⁵⁶⁸ GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 71 (el autor en este apartado está citando a Susan Haack). Otro grupo de casos en que la jurisprudencia norteamericana aplica esta regla son las deportaciones, cuestiones de interdicción, fraudes civiles, indemnizaciones de perjuicios, violencia en contexto intrafamiliar, etc. En este sentido, véase LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 791; BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 471. .

¹⁵⁶⁹ “El estándar de prueba ‘*clear and convincing*’ fue usado, por primera vez, por la Corte de Apelaciones de Nueva York cuando debió resolver un caso sobre el derecho a la muerte. El Juez Wachtler definió el estándar señalando que ‘*Clear and convincing proof should... be required in cases where it is claimed that a person, now incompetent, left instructions to terminate life sustaining procedures when there is no hope of recovery*’. El mismo estándar fue luego utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el conocido caso sobre el derecho a la muerte Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990)”. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. *op. cit.* p. 101.

¹⁵⁷⁰ El autor expone como en algunos lugares de Estados Unidos hacen uso de este tipo de estándar, “aceptándose más falsos negativos (no sancionar a quienes forzaron al testador) que falsos positivos (revisar la voluntad del testado cuando correspondía)”. LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 785.

por mucho que pueda confundirse con el iter psicológico que lleva a un determinado juez a decidir, en esta versión dice relación con la calidad, robustez y contundencia que deben obrar en los elementos de corroboración lógica para declarar probado, en forma satisfactoria, un específico enunciado fáctico¹⁵⁷¹. En los términos de Ramón Beltrán, la evidencia es convincente “en el sentido de que es tan razonable y persuasiva como para hacer que cualquiera la crea”¹⁵⁷².

Según se puede apreciar, las dos condiciones copulativas mencionadas han hecho inclinar el clásico estándar de probabilidad prevaleciente en dirección hacia la disminución de los falsos negativos (por consiguiente, se trasladan los riegos hacia la parte civil demandante¹⁵⁷³). Esto explica que algunos autores chilenos como Jorge Larroucau hayan visto en la aplicación de esta regla -en concomitancia con la teoría de la inferencia a la mejor explicación disponible-, una buena estrategia para elevar un poco el umbral de suficiencia probatoria cuando se trata de juzgar los hechos de ciertos casos de imputación jurídico-civil (en sentido amplio) a los que se le asignan consecuencias no sólo jurídicas, sino que también socialmente relevantes¹⁵⁷⁴.

Contrario a lo que podría intuirse, esta regla no es de aplicación exclusiva para un grupo de situaciones de hecho que están regidas por normas procesales civiles. De hecho, según adelantamos en el punto 3.3.1.1. de este tercer capítulo, es el estándar que Laudan propone para el ordenamiento jurídico estadounidense con miras a evaluar la suficiencia del apoyo empírico que las piezas probatorias disponibles aportan al proceso penal para fundamentar una determinada hipótesis fáctica en relación a delitos de menor lesividad. Al establecer un umbral de suficiencia probatorio intermedio, sigue favoreciendo la disminución de la condena de inocentes aun a costa del aumento de la absolución

¹⁵⁷¹ RAY, R. R. 1934. *op. cit.* p. 5.

¹⁵⁷² BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 471.

¹⁵⁷³ LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 791.

¹⁵⁷⁴ “En Inglaterra este aumento en el umbral se ha logrado mediante un estándar intermedio entre el civil y el criminal – llamado ‘*Higher Standard of Proof*’– frente a conductas que, teniendo una sanción penal, se ventilan dentro de un litigio civil. Por ejemplo, cuando un banco demanda de responsabilidad civil a un empleado por haber robado dinero. Si bien a primera vista pareciera que la regla $P > 0,75$ rige debido a la seriedad de la acusación (‘el empleado no fue descuidado, sino que robó el dinero’), en estricto sentido el umbral se eleva por la gravedad del resultado y no del relato. Esta seriedad de las consecuencias es lo que exige del juez civil un ‘escrutinio acabado’ (*anxious scrutiny*) de las circunstancias, o bien, una ‘prueba contundente’ (*cogent evidence*) de los hechos. La misma lógica se puede observar en la justicia chilena de familia cuando conoce de juicios de divorcio por culpa – *Zattera con Bancalari*, por ejemplo–, juicios donde se conecta el relato de la demandante con la gravedad que acarrearía para el demandado el que se acoja esa historia”. *Ibíd.* pp. 791-792. Una forma de complementar el rendimiento explicativo de esta propuesta puede ser a través de la visión de la profesora Accatino. Según la autora, desde el razonamiento abductivo en el que descansa la inferencia a la mejor explicación, el grado de plausibilidad relativo de un determinado relato propuesto por una parte se evalúa en función de diversos criterios (consistencia, simplicidad, extensión, coherencia), el que variará según sea el estándar de prueba aplicable. Si la regla de estándar es la de pruebas claras y convincentes, explica la autora, “(...), deberá determinarse si la explicación que sustenta la tesis de la parte a quien corresponde la carga de la prueba es más plausible en el grado suficiente que la explicación alternativa de la parte contraria”. ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. *op. cit.* pp. 10-11. Recordemos que una posición contraria respecto de las bondades de la inferencia a la mejor explicación para ser ocupado como regla de estándar en civil o en penal, es la de Laudan, la que se sintetiza en el siguiente párrafo: “La razón por la que la IME no funciona como un estándar de prueba es que aspira a ser un estándar universal de credibilidad y no una forma de medir el grado de prueba que sea sensible al contexto”. LAUDAN, L. 2011a. *op. cit.* pp. 109-110.

de culpables¹⁵⁷⁵. Por lo demás, según afirma Laudan, es una regla que es absolutamente compatible con la presunción de inocencia¹⁵⁷⁶. Sin ir más lejos, creemos que la fuerza justificatoria de este último argumento es el que nos hace poner el acento en esta clase de baremo para evaluar la posibilidad de que sobre sus bases pueda cimentarse la eventual construcción de un estándar de prueba racional que sea aplicable a la decisión sobre la prisión preventiva.

Por otra parte, es preciso indicar que el baremo de pruebas claras y convincentes ha sido utilizado en Estados Unidos también para resolver cuestiones referidas a si la diligencia de reconocimiento de imputado realizada con posterioridad a la formulación de cargos, ha sido practicada en conformidad a la cláusula del debido proceso. Al respecto, enseña Ignacio Castillo Val: “En ese momento, que la Corte ha definido como *critical stage*, el imputado tiene derecho a que su defensor participe del procedimiento de reconocimiento en rueda y, si se viola ese derecho, el reconocimiento no puede realizarse en el juicio -de hecho no se le puede preguntar al testigo o a la víctima en el juicio respecto del reconocimiento- salvo que el fiscal demuestre por *evidencia clara y convincente* (estándar inferior al de más allá de toda duda razonable) que la identificación en el juicio se basa sobre la observación del imputado en el delito y no en el reconocimiento”¹⁵⁷⁷.

En síntesis, es menester tomar en consideración este tipo de estándar al momento de reflexionar de qué forma concreta podemos racionalizar la toma de la decisión sobre la prisión preventiva y a través de qué criterios racionales podemos controlar intersubjetivamente la declaración probatoria de la hipótesis que sugiere imponer esta medida cautelar personal. En efecto, lo que nos dice el estándar de pruebas claras y convincentes es que para habilitar una injerencia extrema sobre la esfera individual de una persona a quien se la vincula con una clase específica de tipo penal se requiere *algo más exigente* que la mera preponderancia de elementos probatorios positivos que justifiquen las presunciones fundadas de su participación (es decir, algo más exigente que la mayor corroboración de esta hipótesis cautelar respecto de la hipótesis no-cautelar que la niega). Ahora bien, ese mayor grado de demanda probatoria no puede ser tan alto que, en los hechos, llegue a confundirlo e identificarlo funcionalmente con el baremo de la duda razonable o cualquier otro que se le parezca. De otro modo, nos acercaríamos peligrosamente a las tesis que hacen incompatible la prisión preventiva con la presunción de inocencia, convirtiendo de facto, a la prisión preventiva en una pena anticipada.

Para ser enfáticos, tampoco es útil asentarse sobre los criterios orientadores de este umbral si al momento de elaborar específicamente el estándar de prueba se termina igualmente incurriendo en una

¹⁵⁷⁵ LAUDAN, L. 2013. *op. cit.* p. 95.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.* p. 95.

¹⁵⁷⁷ CASTILLO VAL, I. 2013. *op. cit.* pp. 274-275.

vaguedad que hace imposible fundamentar y controlar adecuadamente la decisión sobre la prueba de los hechos. De igual forma, tampoco será provechosa su construcción si al final del día el pronunciamiento de la resolución judicial cautelar depende más de la subjetividad del agente decisor que de la evaluación racional que pueden ofrecer los criterios objetivos de suficiencia probatoria.

B. Candidatos de estándares de prueba cautelar formulados por la doctrina procesal chilena

Una parte mínima de nuestra doctrina procesal interesada en el tema objeto de estudio de esta memoria ha formulado algunas propuestas específicas de estándar de prueba susceptible de ser aplicado en la prisión preventiva. En efecto, las fuentes bibliográficas que hemos podido consultar han logrado dar a luz a algunos candidatos reales que pueden perfectamente ser consagrados a nivel legal en un futuro. Aquí expondremos dos de estas propuestas de *lege ferenda* que merecen recibir una mayor atención por parte del resto de la literatura especializada, de los operadores jurídicos del modelo procesal penal chileno y de sus legisladores.

El primer candidato concreto de estándar de prueba cautelar es el formulado por Jonatan Valenzuela¹⁵⁷⁸, quien afirmando la existencia de una actividad probatoria en el campo de discusión de las medidas cautelares, plantea la posibilidad de construir un baremo probatorio fundado en las premisas del razonamiento predictivo (por oposición al meramente especulativo¹⁵⁷⁹) de los hechos futuros que, instituidos en los presupuestos legales de la prisión preventiva y en el carácter prospectivo, instrumental y provisorio inherentes a esta forma de coerción procesal, se pretenden evitar (v.gr. cautelar el peligro procesal del riesgo de fuga¹⁵⁸⁰).

Dicho lo anterior, el contenido de la regla cuya elaboración propone el profesor Valenzuela es la siguiente:

¹⁵⁷⁸ El autor presentó las premisas centrales de esta propuesta en una ponencia en el marco de un seminario de derecho procesal celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. SEMINARIO PROCESO Y RAZONAMIENTO PRESUNTIVO: 7, 8 y 9 de octubre de 2015. 2015. Santiago, Chile. Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹⁵⁷⁹ Mientras la especulación permite hipotetizar el acaecimiento de eventos futuros basados en simples intuiciones no corroboradas, la predicción, en cambio, requiere de evidencia, datos probatorios o la identificación de una regularidad empírica que hagan prever la ocurrencia de un determinado acontecimiento. VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 8; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* pp. 13-14. En este último trabajo, Valenzuela desliza que en la regulación legal cautelar vigente se encuentran algunos indicios de un razonamiento especulativo en el inciso segundo de la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal. *Ibid.* p. 21. Por otra parte, cabe destacar que el autor ocupa aquí la noción de predicción en el sentido temporal del mismo (hacia el futuro). Sin embargo, no siempre el vocablo “predicción”, cuando es utilizado en el contexto probatorio, está referido a una variable de tiempo, sino que también es una forma de emprender la posibilidad de poder constatar probabilísticamente un hecho que es desconocido. Al respecto, Ferrer señala: “La noción de predicción aquí, contra un cierto uso ordinario del término, no tiene implicaciones temporales hacia el futuro, sino simplemente hacia lo desconocido. ‘Una genuina predicción es una proposición que, en el momento de enunciarse, no se sabe si es verdadera o falsa (QUESADA, 1998: 256)’”. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 131.

¹⁵⁸⁰ VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* pp. 4-6; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 8.

“1) La hipótesis de hecho debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente.

2) Las predicciones de nuevos datos y sus correlativas hipótesis de hecho deben haber resultado confirmadas;

3) Deben formularse predicciones basadas en las evidencias que permitan que se acepte como probable un determinado enunciado sobre hechos necesarios para la imposición de la medida cuyo acaecimiento debe tener lugar en el futuro”¹⁵⁸¹.

El requisito número 1) sigue de cerca la tesis de Ferrer respecto de la metodología racional aplicable a cualquier hipótesis fáctica que requiera ser sometida a contrastación, con el objetivo de ser probada o de ser tenida por verdadera, con el matiz diferenciado de que en sede cautelar la verdad de la proposición tiene la peculiaridad de ser *provisional*¹⁵⁸². En el primer paso entonces, lo que hay -en los mismos términos de Valenzuela- es una “selección comparativa de hipótesis”¹⁵⁸³. En cambio, el requisito número 2) y número 3) es lo que el autor llama “predicciones cautelares de primer orden” y “predicciones cautelares de segundo orden”¹⁵⁸⁴, respectivamente.

La ventaja que, a juicio del autor, ofrece este modelo de regla cautelar es que establece un criterio racional de suficiencia probatoria de la hipótesis de la prisión preventiva sin que interfiera y se vea afectada la presunción de inocencia en su dimensión como regla de juicio¹⁵⁸⁵. Esto, a nuestro

¹⁵⁸¹ VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 11; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 17.

¹⁵⁸² La formulación del estándar de prueba penal para declarar probada la hipótesis acusatoria sugerida por Ferrer es el siguiente: “1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*”. FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 147.

¹⁵⁸³ Frase extraída de la ponencia presentada en el seminario citado anteriormente. SEMINARIO PROCESO Y RAZONAMIENTO PRESUNTIVO: 7, 8 y 9 de octubre de 2015. 2015.

¹⁵⁸⁴ VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 11. En síntesis, lo que hace la predicción cautelar de primer orden es establecer una regla que autorice el paso desde datos conocidos hacia datos desconocidos. Luego, lo que hace la predicción cautelar de segundo orden es mirar la decisión con un sentido prospectivo, con el objetivo de anticipar una clase de acontecimientos que razonablemente (o plausiblemente o con una alta probabilidad) se esperan dar en el futuro. Lo anterior, según dice Valenzuela, “con independencia del efectivo acaecimiento de ese hecho en el futuro”. *Ibíd.* p. 12. En otro de sus trabajos, manifiesta esta idea con mayor claridad: “Como apreciarse se trata de supuestos de hecho que se producirán, son ‘hechos futuros’ o más precisamente enunciados sobre situaciones que aún no constituyen aquello que llamamos claramente ‘hechos’”. VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 21. Dada esta particular forma en que se presentan este tipo de hechos (futuros), el autor considera que el esquema tradicional de razonamiento probatorio no puede ser aplicado, y que por tanto, la posibilidad de encontrarse ante hipótesis de error se acrecienta. *Ibíd.* p. 21.

¹⁵⁸⁵ VALENZUELA, J. [s.a.]. *op. cit.* p. 12; VALENZUELA, J. 2017. *op. cit.* p. 18. Esta es una forma de superar el pretendido incompatibilismo entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva. De hecho, evolucionando su pensamiento con respecto a lo que señalamos en el capítulo II, Valenzuela considera que al no haber un estándar de prueba racional en las medidas cautelares que pueda proveer decisiones racionales en torno a la misma, su concesión genera una situación mucho peor que una decisión de condena errónea emitida en base a un estándar de condena subjetivo y ambiguo como el de la duda razonable. En este sentido, la prisión preventiva dictada en estos términos sería algo mucho más terrible que la anticipación de una prisión punitiva. Con todo, el mismo autor reconoce explícitamente que su propuesta requiere de algunos ajustes que puedan depurar algunas de sus nociones, como por ejemplo, la noción de hecho futuro o los eventos

modo de ver, no es sino una forma de asentar una regla de estándar que implícitamente sea respetuosa y restablezca la vigencia de la presunción de inocencia en su faceta de regla de trato, permitiendo con ello que la decisión sobre la prisión preventiva pueda ser intersubjetivamente controlable.

Un segundo candidato real para la formulación de un estándar de prueba cautelar es la propuesta diseñada por Ramón Beltrán. Lo que intenta este autor es crear un estándar que sea aplicable sobre el presupuesto material de procedencia de la prisión preventiva durante la etapa de investigación penal, con el objetivo de racionalizar la cuestión factual que rodea a esta medida cautelar personal¹⁵⁸⁶. El autor, explicando la regulación vigente del régimen cautelar, pone en evidencia que no existe actualmente la consagración de estándar probatorio alguno que determine el nivel de corroboración suficiente que se requiere para adoptar la prisión preventiva. Por otro lado, considera que una interpretación que abandone esta omisión a la suerte de la íntima convicción del juzgador penal, es absolutamente insatisfactoria si lo que se quiere es controlar epistemológicamente la premisa fáctica de la prisión preventiva¹⁵⁸⁷.

A partir de la constatación de este panorama normativo, Beltrán examina la elaboración de un baremo probatorio que pueda hacerse cargo de las particularidades a las que se enfrenta un juez penal cuando debe apreciar en forma temprana y provisional los antecedentes probatorios que tiene a su disposición. En este sentido, las razones que en su opinión justifican delinear un umbral específico en esta sede son dos: (i) la protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia y lo que significan sus implicaciones tanto epistemológicas como prácticas¹⁵⁸⁸ (a las que ya aludimos extensamente en el capítulo I); (ii) mitigar la asimetría de información y de armas en que se encuentran la parte acusadora y acusada en el proceso penal¹⁵⁸⁹.

Es en base a lo anterior que, según su postura, lo que requiere la dictación de la prisión preventiva es un umbral “*sui generis*”¹⁵⁹⁰, de carácter intermedio, es decir, no tan exigente como la duda razonable ni tan inferior como la probabilidad prevaleciente. Descarta que el estándar de pruebas claras y convincentes pueda ser el adecuado porque a pesar de sus virtudes, considera que todavía “no se han entregado mayores parámetros acerca de cuál sería *quantum* exigido para tener por confirmada

inesperados (de la cual todavía no se hace cargo). SEMINARIO PROCESO Y RAZONAMIENTO PRESUNTIVO: 7, 8 y 9 de octubre de 2015. 2015. Santiago, Chile. Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹⁵⁸⁶ BELTRÁN, R. 2012. *op. cit.* p. 467.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.* p. 468.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.* p. 472.

¹⁵⁸⁹ “El ministerio público, por un lado, cuenta como ente persecutor encargado de la investigación, con todos los mecanismos técnicos y profesionales para desarrollar dicha actividad; la defensa y el imputado, por el contrario, carecen en general de tal potestad”. *Ibid.* p. 472.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.* p. 472.

la hipótesis que se entiende acreditada o refutada”¹⁵⁹¹, y que la ejecución que ha tenido en la praxis judicial anglosajona aún no ha dilucidado el margen de error tolerable (y su específica distribución) que va envuelto en las decisiones que lo emplean¹⁵⁹². En su tesis, el grado de corroboración suficiente que los elementos de pruebas disponibles puedan entregar a la hipótesis fáctica cautelar requiere un *plus* o *quantum* adicional al grado (mínimo) de corroboración mayor que tiene un enunciado fáctico respecto del grado de corroboración del enunciado fáctico alternativo. El autor lo expresa de la siguiente manera: “(...), la hipótesis de existencia y participación exigida en su faz material, sólo será aceptada si junto a la contrastación y explicación de los datos disponibles se es posible, como adimento, aportar datos que también hayan sido corroborados y confirmados, como sería el caso, por ejemplo, de probanzas incriminatorias con un contraste variado”¹⁵⁹³.

Desde luego, y como hemos visto en otras secciones de este capítulo, ese plus adicional que fortalece el grado de confirmación lógica de una proposición fáctica se logra no sólo con mayor cantidad de pruebas, sino con una mejor calidad, divergencia, fiabilidad, consistencia y contundencia de las mismas, de manera que puedan aportar efectivamente mayor solidez a las inferencias probatorias.

Además de esta primera condición de corrección epistemológica, el estándar propuesto requiere restablecer la desigualdad material en que se encuentran las partes procesales litigantes, en favor del imputado, por lo que se necesita una segunda condición o regla que él denomina de “cierre”, que tenga por cometido distribuir “el *onus probandi* respecto de aquel interviniente que dispone de los medios y facilidades más amplias en la persecución punitiva, es decir, el Ministerio Público”¹⁵⁹⁴. Sólo así se podrá avanzar hacia un umbral de suficiencia que supere el mínimo de exigencia que establece la regla “más probable que no”.

A modo de cierre de este apartado, queremos clarificar que hemos denominado a estas propuestas como “candidatos concretos o reales”¹⁵⁹⁵, porque efectivamente han podido dar algunas

¹⁵⁹¹ *Ibid.* p. 471.

¹⁵⁹² *Ibid.* p. 472. En nuestra opinión, que en el caso de la práctica judicial anglosajona no se haya todavía llevado a cabo el debate político-moral respectivo no es obstáculo para que se descarte apriorísticamente la utilidad de construir una norma en base a las consideraciones de este estándar. Por otro lado, si uno analiza en sentido estricto la propuesta de Beltrán, las premisas por las que el autor aboga no son nada muy diferentes al estándar intermedio que subyace detrás de las pruebas claras y convincentes.

¹⁵⁹³ *Ibid.* p. 473. Como se puede apreciar, este plus adicional está fundado en las reglas que el mismo Ferrer sugiere para el método de corroboración y contrastación de la prueba penal en la sede adjudicativa (de hecho, el mismo Beltrán cita en este apartado a Ferrer).

¹⁵⁹⁴ *Ibid.* p. 474.

¹⁵⁹⁵ Cabe destacar que no son los únicos estándares que alguna porción de la doctrina nacional ha empezado a trabajar en otras áreas del derecho procesal. Así, por ejemplo, Rodrigo Coloma en el trabajo tantas veces citado “*Estándares de prueba y juicio por violaciones a los Derechos Humanos*” ha fabricado el estándar “de la preferencia de las buenas explicaciones no derrotadas” (sobre la base, sin afirmarlo explícitamente, de la inferencia a la mejor explicación disponible) para casos de

luces esclarecedoras de los elementos que deberían, en teoría, componer un estándar de prueba cautelar específico y objetivo. Esto es justamente lo que no hemos podido detectar en otras opiniones en el seno de la doctrina procesal nacional¹⁵⁹⁶, las que solo dan algunas pautas u orientaciones mínimas de lo que debería, teleológicamente, comprender una apreciación judicial seria y responsable de los antecedentes probatorios que se ofrecen en una audiencia cautelar para justificar relativamente una determina proposición fáctica. Sin embargo, estas declaraciones que hasta cierto punto pueden ser reducidas a simples opiniones bien intencionadas, no han sido capaces de definir, formular, clarificar o proponer si quiera, en términos estrictos y rigurosos, algunos criterios mínimos de corrección objetiva que sean susceptibles de ser aplicados sobre la premisa fáctica de la prisión preventiva, y que por lo tanto, permitan que la decisión judicial pueda ser intersubjetivamente controlable.

3.3.5. Algunos comentarios y sugerencias finales

Hemos intentado instaurar la idea de que ningún razonamiento probatorio que se despliegue en el ámbito del proceso judicial y que esté basado en un esquema de probabilidad inductiva, puede justificar racionalmente conclusiones que estén dotadas de una certeza demostrativa, vale decir, que asegure la eliminación absoluta de cualquier atisbo de error judicial, por mínimo que sea. Una vez que hemos asumido esta realidad incontrarrestable, hemos visto cómo el modelo procesal chileno ha optado

violación sistemática de los Derechos Humanos. COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* pp. 225-226. En los procedimientos de sanción administrativa en el área de mercado de valores se ha pensado también incluir un estándar de prueba intermedio. Sobre esto lo último, véase los lineamientos generales de ORTIZ MÉNDEZ, M. 2015. *op. cit.* pp. 239-244.

1596 A modo de ejemplo, Cristián Riego y Mauricio Duce consideran que la decisión de la prisión preventiva no debe ahondar en profundidad en los elementos probatorios que puedan justificar la verificación de los presupuestos materiales exigidos por la ley. Si los jueces se inmiscuyen a fondo en las consideraciones probatorias, en su opinión, se estaría anticipando la fase del juzgamiento y otorgando a la decisión cautelar un estatus distinto, con pretensión de permanencia, que no se condice con su naturaleza jurídica y con la apreciación que deberían hacer los jueces en torno a la seriedad de los cargos que el fiscal imputa cuando solicita la adopción de esta medida cautelar. A juicio de estos autores, “nos parece, en cambio, que es correcto que esta decisión mantenga un cierto nivel de provisionalidad importante respecto al supuesto material, ya que esto obliga al sistema a estar revisando constantemente las prisiones preventivas y que dichas decisiones no tengan proyección respecto a los resultados del sistema”. DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. *op. cit.* p. 38. De hecho, estos mismos académicos citan y objetan las opiniones aisladas de otros expertos nacionales cuando escuetamente se han referido al tema. Citaremos brevemente las opiniones que estos autores reproducen: “Así, por ejemplo Castro sostiene respecto al requisito del artículo 140 a) y b) que: ‘La justificación de antecedentes (más bien el peso de estos) implica un elevado grado de convencimiento sobre la existencia de un delito y la participación en él del imputado, en consecuencia, se autoriza un mayor rigor estatal en la persecución penal a costa de la libertad del sospechoso’. Con ello pareciera estar exigiendo un nivel de convicción bastante alto para poder utilizar la prisión preventiva. Por su parte Horvitz y López sostienen una posición un tanto ambigua cuando señalan que la norma chilena permitiría sostener que en la letra b) se exigiría una probabilidad, pero en la letra a) aparentemente ello no bastaría, lo que significaría se trata de una exigencia de certeza. Con todo, como hablan en forma condicional no es claro qué postura en concreto se adopta, particularmente respecto a la letra a) del artículo 140. Sosteniendo una postura más cercana a la expuesta se encuentra Cerda, quien no toma una posición clara en la materia, aun cuando cita nuestra posición publicada en un trabajo previo, con lo que, aparentemente, la suscribiría. De manera explícita, Blanco y otros sostienen una postura similar a la expuesta al señalar que: ‘Al solicitar la prisión preventiva, el fiscal debe acreditar ante el juez ‘la plausibilidad del caso’. Se trata de una exigencia menor en términos probatorios que las que rigen para dictar la sentencia en el juicio oral; y el tribunal debe limitarse a verificar si se cumplen o no los supuestos legales y si están demostrados los antecedentes concretos’”. *Ibid.* p. 39.

por un esquema de justificación formal de las decisiones judiciales cuya racionalidad esté fundada en la declaración probatoria de proposiciones fácticas que cuentan con el apoyo suficiente de elementos probatorios en su favor, aun cuando dicha hipótesis sea materialmente falsa. Esto, a nuestro juicio, ensalza el valor de la verdad relativa al sitial que merece, cual es ser una *conditio sine qua non*, ergo, no suficiente, de la justicia de las decisiones

Seguramente dentro de la pluralidad de condiciones de corrección material que deben satisfacerse para que la decisión que se predica sobre la prisión preventiva sea racional y esté cimentada sobre la base de criterios epistemológicos, existan muchas más y de mayor utilidad, que la inclusión de un estándar de prueba cautelar. Empero, no es menos cierto que uno de los requisitos - dentro de los innumerables que pudieran imaginarse- que no puede dejar de estar presente en un sistema procesal penal que tenga pretensiones de estar integrado por respuestas racionales y con información de calidad, es la de establecer un umbral legal de suficiencia probatoria a nivel cautelar, que le brinde contenido a las premisas fácticas que componen el razonamiento decisorio.

A pesar de lo recién expuesto, no queremos ser ingenuos. Una formulación adecuada, de *lege ferenda*, de un estándar de prueba objetivo en una etapa temprana del procedimiento penal que sea correctamente aplicable, no está exenta de riesgos. Desde luego, su consagración no asegura la eliminación plena y definitiva de los desaciertos jurídicos que puedan provocarse en la resolución de la prisión preventiva. Al contrario, el resultado previsible, y lo que en cierta medida conforma las expectativas institucionales de un modelo procesal garantista, es que se cometan más falsos negativos cautelares (denegación errónea de una prisión preventiva en contra de un imputado respecto del cual sí concurren los presupuestos materiales legales) y menos falsos positivos cautelares (concesión errónea de una prisión preventiva en contra de un imputado respecto del cual no concurren los presupuestos materiales legales). Este efecto jurídico esperado -creemos- puede asegurar que se tutele el derecho fundamental a la presunción de inocencia que favorece al sujeto que recibe los efectos de la prisión preventiva. En efecto, solo un estándar de prueba racional que sea elaborado desde la mirada de la presunción de inocencia, en su faceta de regla de trato, podrá controlar intersubjetivamente la verdad provisional y relativa que se encuentra inmersa en este tipo de decisiones judiciales.

Teniendo claro estas notas, podemos comenzar a determinar cuál es el nivel de corroboración suficiente que debe ser superado para adoptar la resolución sobre la prisión preventiva. Para ello, conviene tener presente algunas sugerencias finales:

(i) Consideramos que el grado de probabilidad suficiente que debe alcanzar la hipótesis de aquella parte que sugiere imponer la prisión preventiva en contra de un imputado, debe ser de un nivel

intermedio, es decir, superior al estándar de probabilidad prevaleciente pero inferior al estándar de duda razonable. El grado de severidad del estándar debe intentar ser una manifestación conspicua de las preferencias político-valorativas compartidas en torno a la distribución del riesgo de error cautelar socialmente aceptado. La opción política que nosotros hemos defendido es de tipo garantista.

(ii) Independiente de que se acepte este nivel de exigencia, cualquiera sea el estándar de prueba cautelar que se construya, éste siempre debe ser formulado en términos *objetivos*. La finalidad de esto es que el juez no se vea en la obligación de apelar a sus convicciones íntimas, o dicho desde otra perspectiva, que le esté proscrito vincular a la prueba con sus creencias personales a efectos de disolver la incertidumbre que envuelve a la premisa fáctica de la decisión provisional. Un pasaje del trabajo de García Amado puede sintetizar de mejor manera esta idea: “*d*) A mí me basta con estar convencido de la verdad o no verdad de *H*, pero si soy juez y juzgo sobre la prueba de *H*, no sólo debo declarar si probado o no probado *H*, sino también por qué lo estimo así, y teniendo en cuenta que esas razones que expongo han de ser racionalmente admisibles, legalmente posibles, lógicamente coherentes y suficientes para convencer a un ciudadano estándar o un observador imparcial de que yo estoy en mis cabales y de que he jugado con imparcialidad e independencia”¹⁵⁹⁷.

En definitiva, solamente los criterios *objetivos* que debiera emplear el estándar de prueba podrán indicarle al juez cuando puede tenerse por suficientemente probada la hipótesis cautelar de la parte que arguye la imposición de la prisión preventiva y facilitará a las partes tanto la comprensión de las razones justificatorias (dándose observancia a la exigencia de motivación de las resoluciones) como el control intersubjetivo *ex post* que hagan de la decisión.

(iii) El estándar de prueba debe ser claro, es decir, específico, preciso y *no ambiguo*. Si esto se cumple, entonces no debiera ser tan complejo identificar las condiciones en presencia de las cuales es posible concluir que la evidencia disponible posee una conexión lógica con la hipótesis que pretende ser probada. Solo de esta manera podrá el tribunal fundamentar con precisión cuándo es que se ha alcanzado en forma suficiente el grado de probabilidad inductiva que exige la hipótesis de la prisión preventiva.

(iv) El estándar de prueba cautelar no puede ser expresado en el lenguaje de las probabilidades cuantitativas. Si adherimos a esta estructura del razonamiento probatorio, estaríamos simplificando irracionalmente la regla, y al mismo tiempo, estaríamos dando pábulo a que se reproduzcan todos los problemas y vicios que hemos descrito respecto de la subjetividad de la motivación de las decisiones y de las cuestiones probatorias. Recuérdese que el esquema de *probabilidad inductiva*, manifestado a

¹⁵⁹⁷ GARCÍA AMADO, J. 2014. *op. cit.* p. 47.

través de un lenguaje de confirmación o corroboración lógica, es el más adecuado para evaluar la relación de corroboración inductiva existente entre los elementos de prueba disponibles y las hipótesis fácticas a probar. Sólo su utilización podrá cerrar el paso a la arbitrariedad judicial.

(v) El estándar de prueba cautelar que se construya no puede ser flexible o ser aplicado con matices. Esto quiere decir que si el legislador no ha establecido, *ex ante*, criterios para hacer diferencias al momento de hacer operar la regla, tampoco debiera hacerlo el tribunal. El juez penal no puede adaptar el estándar a cada una de las situaciones de hecho particulares que se le presenten en una audiencia de prisión preventiva para hacerlo efectivamente aplicable, sino que por el contrario, las hipótesis que se derivan de las circunstancias del caso concreto son las que, mediante la evidencia disponible, deben ajustarse a los requerimientos y exigencias del estándar para declararse como aceptables¹⁵⁹⁸. En la opinión de Jordi Ferrer, a propósito del estándar de condena penal que el mismo sugiere elaborar y aplicar, considera que un baremo indefinido que pueda ser forjado y moldeado al asunto litigioso cuando las circunstancias lo requieran “conlleva necesariamente [a] la imposibilidad del control sobre la aplicación del estándar de prueba y, en consecuencia, del cumplimiento del derecho a la presunción de inocencia”¹⁵⁹⁹. Esto que se predica del umbral de exigencia condenatorio, puede ser extrapolado sin mayores dificultades al umbral de exigencia cautelar personal.

(vi) Una vez que se ha formulado un estándar de prueba *racional* para la prisión preventiva, contar con evidencia empírica significativa respecto de su aplicación por los tribunales penales chilenos en un período determinado de tiempo, sería muy útil a efectos de evaluar el rendimiento que ha tenido éste en relación a los fines que justificaron su proposición (v.gr. detectando la frecuencia relativa de errores, especificando qué tipos de errores se dan y cuáles son sus causas, etc.) y de continuar introduciendo diversas mejoras al sistema que contribuyan con su progresivo perfeccionamiento.

¹⁵⁹⁸ “En la práctica, los estándares de prueba son interpretados con muchos matices, según sea la carga o beneficio a distribuir en el caso concreto. Por cierto, esta forma de entenderlos no pareciera resultar del todo fiel a la manera abstracta en la que éstos se encuentran formulados, y en que no se da cabida para el establecimiento de tales diferencias. Así, por ejemplo, en el ámbito penal puede advertirse que en situaciones en que la pena que se podría aplicar resultaría muy elevada, la duda razonable como límite a la aceptación de historias que persiguen la condena del acusado suele adquirir una relevancia mayor que en los casos en que los castigos resultarían más bien bajos. En los juicios civiles pueden advertirse, también, ciertas diferencias en la manera que el estándar de prueba es interpretado según los bienes que se encuentran en juego”. COLOMA CORREA, R. 2009. *op. cit.* p. 219.

¹⁵⁹⁹ FERRER, J. 2007a. *op. cit.* p. 152. En un sentido similar, pero a propósito del estándar de prueba civil formulado en la versión de Hock Lai Ho como un “estándar de prudencia”, véase LARROUCAU TORRES, J. 2012. *op. cit.* p. 797.

CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que arribamos en esta memoria de prueba son las siguientes:

1. El objetivo institucional del proceso es la averiguación de la verdad relativa de las proposiciones fácticas que se encuentran en conflicto. Es solo a través de la reconstrucción verdadera de los hechos de la causa que se puede aplicar el derecho con miras a regular la conducta de los destinatarios de las normas jurídicas y que es posible también resolver los conflictos de relevancia jurídica. Ahora bien, la determinación de la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio. Es por ello que se requiere respetar los derechos fundamentales y las garantías constitucionales que promueve un modelo constitucional de proceso, tal como ocurre con el derecho a la presunción de inocencia.

2. La presunción de inocencia, cuyo reconocimiento normativo está ampliamente extendido tanto en el derecho interno, comparado como en los instrumentos internacionales, goza de una doble naturaleza jurídica constitucional: ser un principio informador del proceso penal y ser un derecho fundamental. En tanto principio cardinal, irradia su contenido atributivo sobre cada una de las dimensiones del derecho a la presunción de inocencia, vale decir, opera sobre la regla de trato, la regla de prueba y la regla de juicio. Es precisamente la regla de trato la que, desde una óptica procesal, influye directamente sobre las medidas cautelares, en general, y sobre la prisión preventiva, en particular

3. Desde la perspectiva de la naturaleza jurídica procesal, la presunción de inocencia no es técnicamente una regla de presunción, pero ello no es óbice para producir las mismas consecuencias jurídicas que una norma de carácter presuntivo *iuris tantum* produce (de ahí que se diga que introduce una verdad interina). Lo anterior es relevante si consideramos tanto su función pretendidamente epistémica -como mecanismo de distribución del riesgo de error- como su fundamento pragmático de disolución de incertidumbre fáctica. A partir de los elementos configuradores precedentes en los que se estructura esta norma, es que creemos que puede comenzar a pensarse en la construcción eventual de una regla de estándar de prueba cautelar susceptible de ser aplicable sobre la proposición fáctica de la prisión preventiva.

Con todo, debe tenerse claro que la única faceta respecto de la cual se producen efectos jurídicos relevantes es aquella que toca a la vertiente probatoria, y no material, de la presunción de inocencia.

4. En una porción no desdeñable de resoluciones judiciales que se pronuncian sobre la prisión preventiva se identifican problemas en la fundamentación de las decisiones, las que van desde un defecto subjetivista arraigado en la psiquis del juez que condiciona la toma de la decisión hasta la incomprensión o defectuosa aplicación de un modelo legal analítico de justificación probatoria que sea lógicamente coherente (el esquema lógico-deductivo es insuficiente e inadecuado para resolver el problema del juicio del hecho). Sólo una concepción racionalista de la fundamentación que esté íntimamente conectada con una teoría racionalista de la prueba (y con el contexto de justificación interna y externa de las decisiones), puede controlar los criterios en que sustenta una resolución judicial que tenga pretensiones serias de aceptabilidad. En esto, la formulación adecuada de un estándar de prueba objetivo cautelar es una herramienta interesante para los efectos de fortalecer la motivación de las decisiones, controlarlas intersubjetivamente y poner coto a la arbitrariedad judicial.

5. La justificación de la prisión preventiva entendida como “justificación como acto” exige declarar como probada aquella aserción fáctica cautelar que se encuentre fundada sobre la base de los elementos probatorios que las partes han aportado al proceso. Esta dimensión de la justificación es trascendental para el proceso, ya que permite aceptar que una decisión sobre la prisión preventiva (concediéndola o denegándola) sea probatoriamente correcta, a pesar de ser epistemológicamente falsa.

En este escenario fáctico, la ausencia de un estándar de prueba que nos indique bajo qué condiciones podemos tener por suficientemente justificada la proposición fáctica que sugiere imponer la prisión preventiva nos conduce -irremediablemente- hacia la injusticia de las decisiones.

6. La provisionalidad e instrumentalidad que caracteriza a las medidas cautelares personales son los elementos distintivos que nutren teóricamente la adopción de las mismas, sobre todo cuando su imposición afecta de forma intensa los derechos de un imputado. La comprensión de estos presupuestos nos permiten reflexionar y discurrir sobre la idea de que la verdad inmersa en la premisa fáctica de la discusión de la prisión preventiva tenga también un carácter provisional y que su autorización esté supeditada al cumplimiento de las finalidades cautelares que el legislador procesal ha propuesto.

Cabe destacar que el principio de responsabilidad que está asociado a su vez con el elemento de instrumentalidad, no tiene consagración expresa y es prácticamente trivial en nuestro ordenamiento procesal penal. Esto demanda a que los incentivos se pongan también sobre la generación de mecanismos de corrección indemnizatoria que sean realmente eficaces para resarcir el daño que produce en las víctimas la concesión errónea de una prisión preventiva en aquellos casos que concluyen liberando a los imputados por medio de la sentencia absolutoria que confirma la inocencia.

Si en esta materia se deja en manos de la inercia jurídica, este grupo de personas permanecerá viviendo en la completa indefensión.

7. Una comprensión adecuada de los principios, características, presupuestos, fundamentos y ámbitos de aplicación en los que se asienta la prisión preventiva, debiera ser suficiente para sostener una tesis *compatibilista* entre esta particular forma de coerción procesal y la presunción de inocencia en su faceta como regla de trato. Abogar por el *compatibilismo* es equivalente a reconocer que la prisión preventiva posee una naturaleza cautelar (y no sancionatoria como la pena), que en aquella reside un juicio prospectivo de aseguramiento de los fines del procedimiento (y no retrospectivo relativo al merecimiento de castigo por un hecho que acontece en el pasado) y que la derrotabilidad de la inocencia solo es susceptible de producirse hacia el final del procedimiento, no en etapas preliminares del mismo.

Con todo, vale la pena volver a repensar los criterios legitimadores y deslegitimadores que tanto la doctrina como la práctica judicial le atribuyen a la justificación del encierro preventivo en la sustanciación del procedimiento, sobre todo si esto puede coadyuvar a racionalizar el uso de esta providencia cautelar a los casos en que sea estrictamente necesarios.

8. La falibilidad del conocimiento humano es una cuestión intrínseca que nos expone al riesgo de cometer errores, pero el reconocimiento de esta condición natural no puede llevarnos a tomar una actitud complaciente. Ante la posibilidad de que se cometa un error epistémico en la concesión o denegación de la prisión preventiva, sumado a que cada vez más se van indagando sobre los factores que facilitan la proliferación del error, hemos de tomar una decisión político-moral entre preferir prevenir el riesgo de que se encierre preventivamente a un imputado respecto del cual no existen antecedentes suficientes para hacerlo (porque no se observan copulativamente los presupuestos legales), o prevenir el riesgo de que no se encierre preventivamente a un imputado respecto del cual sí existen antecedentes suficientes para hacerlo (porque sí se observan copulativamente los presupuestos legales).

La decisión que nosotros hemos tomado -y por la cual emplazamos a que la ciudadanía a través de sus representantes inicie una deliberación profunda sobre el asunto- tiene un matiz diferenciador, toda vez que es una opción decidida en favor de precaver el riesgo de error cautelar de que se decrete incorrectamente (de falsedad epistemológica) una prisión preventiva aun a costa de que, correlativamente, aumente el riesgo de error de que no se decrete correctamente (de verdad epistemológica) la prisión preventiva. La razón primordial que nos impulsa a tomar esta elección de

corte garantista, es la constatación de que el imputado aún goza en un estadio procesal anterior a la del juicio oral, de la protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

9. La construcción de una estándar de prueba objetivo y no ambiguo podrá ser aplicable en forma eficiente cuando hagamos nuestra una teoría racional de la prueba (por oposición a una versión subjetivista de la misma) que sobre los cimientos de la epistemología general y la racionalidad empírica, se preocupe de declarar como probado una determina aserción fáctica sobre la prisión preventiva cuando en su favor se disponga de elementos de corroboración lógica suficiente que la justifican. Recuérdese que en un modelo de justicia procedimental imperfecta, la declaración probatoria que haga un juez penal sobre la proposición fáctica cautelar es independiente de que el contenido del enunciado fáctico sea verdadero. Para ello, acoger un esquema de probabilidad inductiva resulta clave, toda vez que es sobre sus bases que es posible evaluar el grado de conexión lógica existente entre la calidad de la evidencia, la solidez de las inferencias y la hipótesis fáctica a probar.

Ahora bien, para lograr que esta propuesta teórica pueda ser completa, consistente y congruente con sus propias premisas, resulta imperioso reflexionar sobre la posibilidad cierta de que exista actividad probatoria en una etapa del iter procesal anterior a la del juicio oral. Creemos que los argumentos que hemos esbozado para ello a lo largo de esta memoria constituyen un primer avance para reconocer la admisibilidad de esta tesis y comenzar a dejar al margen los intentos tradicionales y cómodos -mayoritarios por cierto- que rechazan la posibilidad de abrirse al ejercicio probatorio y producción de evidencia en una fase distinta al momento de enjuiciamiento.

10. El umbral de suficiencia probatoria exigible que se elabore, en tanto valor quasi-epistémico, debe ser capaz de representar de la forma más fiel posible las consideraciones de *policy* previamente descritas, vale decir, la ratio proporcional social admisible entre falsas concesiones de prisiones preventivas y falsas denegaciones de prisiones preventivas. Para ello, es menester dirigir el foco de atención sobre los recientes diseños que una porción de la literatura especializada ha formulado y tomar en cuenta las sugerencias que nosotros hemos realizado relativas al nivel de severidad intermedio que creemos debería tener la regla que se construya. El estudio, examen y sometimiento a análisis crítico de estas propuestas puede allanar el camino hacia futuras reformas legales de relevancia.

Ahora bien, consideramos que avanzar en esta dirección exige mayor celeridad y un gran esfuerzo creativo, sobre todo a la luz de la evidencia empírica ilustrada a lo largo de este trabajo, la que pone de manifiesto que el tratamiento de la prisión preventiva, en términos de su aplicación en los últimos años, ha ido endureciéndose, máxime si se tiene presente que aproximadamente el 90% de las

solicitudes de esta medida cautelar, a nivel de juzgados de garantía, son concedidas. Esta realidad se ve agravada si consideramos que, al menos, durante el período global comprendido entre 2013-2016 (en comparación al período global comprendido entre 2008-2012) ha aumentado en un 22,6% el número de casos de personas que estuvieron a la espera de la sentencia definitiva privados preventivamente de libertad, para luego ser liberados por medio de una sentencia absolutoria, un sobreseimiento definitivo o la decisión de no perseverar.

11. En definitiva, lo que se ha dicho de la prisión preventiva y su relación con la construcción de un estándar de prueba claro, objetivo y racional mirado desde la presunción de inocencia, debiera ser considerado para la formulación de cualquier medida cautelar personal que pretenda maximizar las probabilidades de producir decisiones verdaderas, y que contemporáneamente, tenga injerencia en los derechos e intereses de las personas afectadas por esta resolución. En efecto, si nos queremos tomar en serio el objetivo de obtener respuestas procesales cautelares de calidad, hemos de trabajar en la búsqueda de mecanismos novedosos que contribuyan al continuo perfeccionamiento del sistema de justicia criminal.

BIBLIOGRAFÍA

A. Referencias bibliográficas

- ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2002. Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial. *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XII: 9-25.
- ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2003. La fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna? *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XV: 9-35.
- ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2006. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XIX (Nº 2): 9-26.
- ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2009. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII: 347-362.
- ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2010. El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad. *En: Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. pp. 1-22.
- ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2011. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII: 483-511.
- ACCATINO SCAGLIOTTI, D. 2015. La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales y su función como garantía. *En: PAEZ, A. (coordinador). Hechos, evidencia y estándares de prueba: Ensayos sobre epistemología jurídica*. pp 65-88.
- AGUAYO, D. y DUARTE, F. 2017. Gendarmería: un tercio de los reos en Chile está en prisión preventiva. [en línea]. *La Tercera*. 19 de marzo 2017. <<http://www.latercera.com/noticia/gendarmeria-tercio-los-reos-chile-esta-prision-preventiva/>> [consulta: 20 marzo 2017].
- AGUILÓ REGLA, J. 1999. Nota sobre “presunciones” de Daniel Mendonca. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Nº 22): 649-660.

- AGUILÓ REGLA, J. 2006. Presunciones, verdad y normas procesales. Revista Isegoría (N° 35): 9-31.
- ALDUNATE, E. 2007. Panorama actual del amparo y hábeas corpus en Chile. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 5 (N° 1): 19-29.
- ALDUNATE, E. 2008. Derechos fundamentales. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. 462p.
- ALDUNATE, E. 2009. La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXII: 443-484.
- ALDUNATE, E. 2010. La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. Revista Ius et Praxis. Año 16 (N°2): 185-210.
- ALEXY, R. 2003. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. 152p.
- ALEXY, R. 2007a. Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. 2° edición. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 374p.
- ALEXY, R. 2007b. Teoría de los derechos fundamentales. 2° edición. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales. 602p.
- AMBOS, K. 2007. Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del Derecho alemán y comparado”. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 366p.
- ARIAS VICENCIO, C. 2005. El control jurisdiccional de la detención. Revista de Estudios de la Justicia (N° 6): 225-253.
- ATIENZA, M. 1994. Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. Jueces para la democracia (N° 22): 82-86.
- ATIENZA, M. 1996. Argumentación jurídica. En: GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. El Derecho y la Justicia. Madrid, España. Editorial Trotta. 554p.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. 1996. Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A. 207p.

- ATIENZA, M. 2005. Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. México. Edición UNAM. 246p.
- AVILÉS, L. 2004. Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional. Revista de Estudios de la Justicia (N° 4): 177-195.
- AYALA VALENTIN, W. I. 2011. La presunción de inocencia en el proceso penal [en línea], Perú. Lex novae Revista de Derecho. <<http://lexnovae.blogspot.cl/2011/05/la-presuncion-de-inocencia-en-el.html>> [consulta: 21 septiembre 2016].
- BARRIENTOS PARDO, I. 2011. Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal. Vulneración constitucional de la presunción de inocencia. Revista del centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 9 (N° 2): 249-328.
- BAYTELMAN A., A. 2000. La fundamentación de la sentencia penal en el juicio oral. En: CAROCCA, P., DUCE, M., RIEGO, C., BAYTELMAN, A., y VARGAS, J. E. Nuevo proceso penal. Incluye texto completo del Nuevo Código Procesal Penal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. pp. 283-295.
- BECCARIA, C. 2000. De los delitos y de las penas. (Facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774). México. Editorial Fondo de Cultura Económica. 327p.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. 2001. La presunción de inocencia. Parlamento y Constitución, anuario (N° 5): 179-204.
- BELTRÁN, R. 2012. Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile. Revista Política Criminal del Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca. Vol. 7 (N° 14): 454-479.
- BENAVENTE CHORRES, H. 2009. El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales. Revista del centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 7 (N° 1): 59-89.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2016. Historia de la Ley N° 20.931. Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. [Documento de tramitación legislativa. Segundo informe de Comisión de Constitución]. Santiago, Chile. 163p.

- BINDER, A. 1999. Introducción al derecho procesal penal. 2º edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc. 364p.
- BUSTAMANTE RÚA, M. 2012. La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de pruebas de más allá de toda duda razonable [en línea], Medellín, Colombia. <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/diploNSJPsociedad/material/La%20garantia%20de%20presuncion%20de%20inocencia%20y%20el%20estandar%20de%20prueba.pdf>> [consulta: 21 septiembre 2016].
- BRAVO LIRA, B. 2002. Grandes visiones de la historia. [Apuntes de la cátedra Historia del Derecho I. Universidad de Chile, Facultad de Derecho]. Santiago, Chile. 79p.
- BUSTOS R., J. 1994. Prisión Preventiva y Libertad Provisional. Revista del Abogado. Año 1 (Nº 2): 24-27.
- CARMONA SANTANDER, C. 2004. Responsabilidad del Estado-Juez. Revisión y Proyecciones. Revista de Derecho Público. Vol. 66: 307-356.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R y CASTILLO VAL, I. 2011. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. Revista Ius et Praxis. Año 17 (Nº 2): 77-118.
- CAROCCA PÉREZ, A. 2000. Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal. En: CAROCCA, P., DUCE, M., RIEGO, C., BAYTELMAN, A., y VARGAS, J. E. Nuevo proceso penal. Incluye texto completo del Nuevo Código Procesal Penal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. pp. 31-97.
- CAROCCA PÉREZ, A. 2005. Manual. El nuevo sistema procesal penal. 3era edición. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 289p.
- CASARINO VITERBO, M. 2005. Manual de derecho procesal. Derecho procesal civil. Sexta edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.
- CASSEL, D. 2003. El sistema procesal penal de Estados Unidos. [en línea] <<http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1655/10.pdf>> [consulta 22 de septiembre de 2016].

- CASTILLO VAL, I. 2013. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes). *Revista Política Criminal del Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca*. Vol. 8 (N°15): 249-313.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA. 2008. El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia* (N° 10): 105-139.
- CHAHUÁN, S. 2009. *Manuel del nuevo procedimiento penal*. 6° edición actualizada y aumentada. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. 386p.
- CHAIA, R. 2010. La prueba en el proceso penal. Proceso acusatorio. Juicio oral. Carga probatoria. Prueba ilegal. Medios de prueba. Construcción de la verdad. Valoración-arbitrariedad. Motivación de la sentencia. *Jurisprudencia vinculada*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. 816p.
- CISTERNAS VELIS, G. V. 2011. El derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad. *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (N° 44): 19-174.
- COLOMA CORREA, R. 2004. Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno. En: La prueba en el nuevo proceso penal oral. 1ª edición. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. pp. 5-34.
- COLOMA CORREA, R. 2009. Estándares de prueba y juicios por violaciones a los Derechos Humanos. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XXII (N° 2): 205-229.
- COLOMA, R., PINO, M., y MONTECINOS, C. 2009. Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIII: 303-344.
- COLOMA, R., CARBONELL, F., ALFARO, C., AVILÉS, L., BÁEZ, D., BUGUEÑO, C., JORQUERA, M., OLAVE, M., RIVERA, V., SOTO, C., y TOLEDO, J. 2010. Nueve jueces entran diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal. *Revista Ius et Praxis*. Año 16 (N°2): 3-56.
- COLOMA CORREA, R. 2012. La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XXV (N°2): 207-228.
- COLOMBO CAMPBELL, J. 2005. Constitución y presunción de inocencia. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*. Año X (N° 10): 21-49.

- COLOMBO CAMPBELL, J. 2007. Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición UNAM, México DF. pp. 345-369.
- CORNELL LAW SCHOOL. 2017. LEGAL INFORMATION INSTITUTE. [en línea]. <<https://www.law.cornell.edu/>> [consulta: 10 octubre 2017].
- CORREA SELAMÉ, J. 2005. Curso de derecho procesal penal. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 398p.
- CORTE SUPREMA DE CHILE. 2015. Informe proyecto de ley 35-2015. [Segundo informe sobre el proyecto de ley Boletín N° 9.885-07]. Santiago, Chile. 11p
- COUTURE, E. 1958. Fundamentos del derecho procesal civil. 3° edición. Buenos Aires, Argentina. Roque Depalma. 492p.
- CURY, E. 1988. Derecho Penal. Parte general. 7° edición. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 812p.
- DAMASKA, M. 2000. Dos tipos de Estado y los objetivos del proceso judicial. En: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp. 125-168.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2011. Anexo Informe Estadístico año 2011. [en línea] <http://www.dpp.cl/repositorio/115/291/estadisticas_2011> [consulta 30 junio 2017].
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2012. Anexo Informe Estadístico año 2012. [en línea] <http://www.dpp.cl/repositorio/138/347/estadisticas_2012> [consulta 30 junio 2017].
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2013. Anexo Informe Estadístico período cuatrimestral septiembre-diciembre año 2013. [en línea] <http://www.dpp.cl/repositorio/143/378/estadisticas_2013> [consulta 30 junio 2017].
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Anexo Informe Estadístico año 2014. [en línea] <http://www.dpp.cl/repositorio/148/399/estadisticas_2014> [consulta 20 abril 2017].
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2015. Anexo Informe Estadístico año 2015. [en línea] <<http://www.dpp.cl/repositorio/165/449>> [consulta 20 abril 2017].

- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2016. Anexo Informe Estadístico año 2016. [en línea] <<http://www.dpp.cl/repositorio/170/466>> [consulta 20 abril 2017].
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2016. Anexo serie histórica 2006 a 2016. [en línea] <<http://www.dpp.cl/repositorio/170/466>> [consulta 30 junio 2017].
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2016. Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada Ley de “Agenda Corta”. [Minuta de trabajo elaborada para los defensores penales públicos]. Santiago, Chile. 104p.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2017. Anexo Informe Estadístico Enero-Abril 2017. [en línea] <<http://www.dpp.cl/repositorio/173/479>> [consulta 30 junio 2017].
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2017. Proyecto inocentes. [en línea]. <<http://www.proyectoinocentes.cl/>> [consulta: 29 junio 2017].
- DEI VECCHI, D. 2013. Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXVI (N° 2): 189-217.
- DÍAZ LEIVA, N. y MUÑOZ OLIVARES, P. 2015. La responsabilidad del Estado-Juez: Buenas razones para proponer una acepción amplia de error judicial en Chile. Revista de Derecho Público. Vol. 83 (2° Semestre 2015): 37-60.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L. 2004. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (N° 6): 1-34.
- DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. Proceso penal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 583p.
- DUCE, M. y RIEGO, C. 2009. Prisión preventiva y nueva justicia penal en Chile: Evaluación del impacto de la Reforma Procesal Penal y de sus cambios posteriores [en línea], Santiago, Chile. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. <<https://es.scribd.com/document/26047529/Duce-y-Riego-Prision-preventiva-y-nueva-justicia-penal-en-Chile>> [consulta: 21 septiembre 2016].
- DUCE, M. y RIEGO, C. 2011. La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Diego Portales. 297p.
- DUCE JULIO, M. 2013. ¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate. Revistas Ius et Praxis 19 (1): 77-138.

- DUCE JULIO, M. 2015a. Algunas lecciones a partir de cuatro casos de condena de inocentes en Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 22 (N° 1): 149-208.
- DUCE JULIO, M. 2015b. La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el período 2007-2013. *Revista Política Criminal del Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca*. Vol. 10 (N° 19): 159-191.
- ECHEVERRIA R., G. 2011. La defensa y los inocentes encarcelados. *Revista 93 de la Defensoría Penal Pública*. Año 2 (N° 6): 23-25.
- ETCHEBERRY O., A. 1994. Sobre la afirmación de inocencia del defendido. *Revista del Abogado* (N° 1): 8-9.
- ETCHEBERRY O., A. 2008. Consideraciones sobre el criterio de condena en el código procesal penal. *En: RODRÍGUEZ COLLAO, L (coordinador). Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp. 1-14.
- FERNÁNDEZ-DÁVILA, P. 2008. *Responsabilidad Patrimonial del Estado Juez en Chile*. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 164p.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2001. Indemnización por error judicial en la perspectiva del nuevo procedimiento penal. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. (N° 8): 275-307.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2004. Derecho a la jurisdicción y debido proceso. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca*. Año 2 (N° 1): 99-121.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2006. *La nueva justicia penal frente a la Constitución*. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 334p.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. 2007. El recurso de amparo, sobre todo considerando que un proyecto de ley regule su tramitación. *Revista del centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca*. Año 5 (N° 2): 17-35.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2004. *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Trabajo de investigación presentado para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho. Alicante, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho. 465p.

- FERRAJOLI, L. 1995. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, España. Editorial Trotta. 991p.
- FERRAJOLI, L. 2001. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Madrid, España. Editorial Trotta. 389p.
- FERRER, J. 2002. Prueba y verdad en el derecho. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. 126p.
- FERRER, J. 2003. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. Jueces para la democracia (N° 47): 27-34.
- FERRER, J. 2007a. La valoración racional de la prueba. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. 153p.
- FERRER, J. 2007b. Los estándares de prueba en el proceso penal español. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. (N° 15): 1-6.
- FERRER, J. 2010a. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. En: ACCATINO SCAGLIOTTI, D (coordinadora). Formación y valoración de la prueba en el proceso penal. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. pp 3-20.
- FERRER, J. 2010b. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. Working Paper, inédito: pp 1-26.
- FERRER, J. 2011. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho (N° 34): 87-107.
- FIGUEROA YÁVAR, J. A. 2006. La Presunción de Inocencia. ¿Una ficción legal que acarrea consecuencias jurídicas? Revista del Abogado (N° 37): 54-55.
- FONTECILLA, R. 1978. Tratado de derecho procesal penal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- FUENTES MAUREIRA, C. 2011. El manejo de la incertidumbre judicial: la construcción de la *duda razonable* en el sistema procesal penal. En: Diez años de la reforma procesal penal en Chile. 1ª edición. Santiago, Chile. Ediciones UDP. pp 500-555.
- FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. 2016. Análisis del proyecto de agenda corta antidelincuencia. Proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo,

hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07. En: Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Santiago, Chile. 45p.

- GAMA LEYVA, R. 2013. Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. Revista de Estudios de la Justicia 19 (2° semestre 2013): 65-89.

- GARCÍA AMADO, J. 2014. Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en derecho. En: GARCÍA AMADO, J. y BONORINO, P. (coordinadores). Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción. Granada, España. Editorial Comares. pp. 43-81.

- GARCÍA FIGUEROA, A. 1998. Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid, España. Centro de estudios políticos y constitucionales. 444p.

- GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P. 2013. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Revista del centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 11 (N° 2): 229-282.

- GARCÍA, R. 2011. El ejercicio del derecho a Defensa Técnica en la etapa preliminar del proceso. En: Diez años de la reforma procesal penal en Chile. 1° edición. Santiago, Chile. Ediciones UDP. pp. 241-280.

- GASCÓN ABELLÁN, M. 2005. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. (N° 28): 127-139.

- GASCÓN ABELLÁN, M. 2014. ¿Lógica del descubrimiento para la prueba? En: GARCÍA AMADO, J. y BONORINO, P. (coordinadores). Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción. Granada, España. Editorial Comares. pp. 149-161.

- GEISSE, F. 2015. Presunción de inocencia o juicio anticipado, un debate necesario. Revista 93 de la Defensoría Penal Pública. Año 7 (N° 12): 4-9.

- GENDARMERÍA DE CHILE. 2017. Población atendida al 31 de marzo de 2017. [en línea] <<http://www.gendarmeria.gob.cl/>> [consulta 20 abril 2017].

- GONZÁLEZ LAGIER, D. 2014. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. En: GARCÍA AMADO, J. y BONORINO, P. (coordinadores). Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción. Granada, España. Editorial Comares. pp. 83-117.

- GRAHAM, M H. 2009. Burden of Proof and Presumptions in Criminal Cases. [en línea]. Miami, Criminal Law Bulletin, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348135> [consulta 22 septiembre 2016].
- GOZAÍNI, O. 2006. La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil. Revista Latinoamericana de Derecho. Año 3 (N° 6): 155-179.
- HART, H. L. 1961. El concepto de derecho. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo-Perrot. 332p.
- HASSEMER, W. 1998. Capítulo IV. Los presupuestos de la prisión preventiva. En: Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento, límites a la prisión preventiva. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc. pp. 105-127.
- HEMPEL. C. 1987. La investigación científica: invención y contrastación. [en línea], Madrid, España. <http://www.edu.xunta.gal/centros/iesmanuelmurguia/system/files/C.G.%20Hempel.%20F%C2%AA.%20de%20la%20Ciencia%20Natural%20-%20Caps%202%203y4_0.PDF> [consulta: 27 septiembre 2017].
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. 2014. El juez, el científico y la búsqueda de la verdad. En: GARCÍA AMADO, J. y BONORINO, P. (coordinadores). Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción. Granada, España. Editorial Comares. pp. 3-31.
- HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
- HORVITZ LENNON, M. I y LÓPEZ MASLE, J. 2003. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- IBÁÑEZ, P. 1992. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. (N° 12): 257-299.
- IBÁÑEZ, P. 1994. De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza. Jueces para la democracia. (N° 22): 87-92.
- IBÁÑEZ, P. 1997. Presunción de inocencia y prisión sin condena. Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 9 (N° 13): 5-18.

- IBÁÑEZ, P. 2003. Democracia con jueces. En: MALEM SEÑA, J., OROZCO, J. y VÁSQUEZ, R. La función judicial. Ética y democracia. Barcelona, España. Gedisa Editorial. 317p.
- IBÁÑEZ, P. 2009. Prueba y convicción judicial en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. 248p.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. 2001. Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, “in dubio pro reo”. En: Anuario de Derechos Humanos N° 2. Edición Universidad Complutense de Madrid, España. pp. 459-480.
- INNOCENCE PROJECT. 2017. [en línea] <www.innocenceproject.org> [consulta: 30 junio 2017].
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2016. Informe I sobre el Proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07. Actualizado en relación a la versión aprobada en segundo trámite constitucional por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: COMISIÓN DE Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado. Santiago, Chile. Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos. 42p.
- JARA MÜLLER, J. 1999. Principio de inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, vol. X (N° especial): 41-58.
- LARROUCAU TORRES, J. 2012. Hacia un estándar de prueba civil. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 (N° 3): 783-808.
- LAUDAN, L. 2005a. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. (N° 28): 95-113.
- LAUDAN, L. 2005b. Una breve réplica. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. (N° 28): 151-155.
- LAUDAN, L. 2011a. Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal. En: El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. pp. 87-115.
- LAUDAN, L. 2011b. El contrato social y las reglas del juicio: un replanteo de las reglas procesales. En: El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. pp. 197-309.

- LAUDAN, L. 2011c. ¿Es razonable la duda razonable? En: El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. pp. 117-195.
- LAUDAN, L. 2013. Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. 332p.
- LA HORA. 2017. Casi 3 mil chilenos inocentes estuvieron en la cárcel el 2016. [en línea]. <http://www.proyectoinocentes.cl/sala_prensa/noticias_detalle/165/casi-tres-mil-chilenos-inocentes-estuvieron-en-prision-el-ultimo-ano> [consulta: 10 abril 2017].
- LEDESMA, A. E. 2009. La prueba en el proceso judicial. En: OTEIZA, E. (coordinador). La prueba en el proceso judicial. 1ª edición, Santa Fe, Argentina. Editorial rubinza-culzoni. pp. 261-300.
- LIBEDINSKY, S. 2011. Exigencias para un adecuado reconocimiento de imputados. Revista 93 de la Defensoría Penal Pública. Año 2 (Nº6): 31-35.
- LLANOS, L. 2003. Síntesis del nuevo procedimiento penal. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 162p.
- LÓPEZ MASLE, J. 2006. Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas. En: BORDALÍ, A. (coordinador). Justicia constitucional y Derechos Fundamentales. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. pp. 181-207.
- LÓPEZ, E. 2013. Poder Judicial exhibe estadística que desmiente tesis de la “puerta giratoria”. Radio Bio Bio. 12 de noviembre 2013. <<http://www.biobiochile.cl/noticias/2013/11/12/poder-judicial-exhibe-estadistica-que-desmiente-tesis-de-la-puerta-giratoria.shtml> /> [consulta: 08 octubre 2017].
- LÓPEZ MUÑOZ, R. 1996. Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia. Granada, España. Editorial Comares. 234p.
- MAIER, J. 2002. Tomo I. Fundamentos. En: Derecho procesal penal. 2da edición, Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto. pp. 442-468.
- MALEM SEÑA, J. 2009. El error judicial. En: MALEM SEÑA, J.; EZQUIAGA, F. y ANDRÉS IBAÑEZ, P. El error judicial. La formación de los jueces. Madrid, España. Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo. pp. 11-42.

- MANZINI, V. 1952. Objeto del proceso penal. En: Tratado de derecho procesal penal. Tomo III. (Traducción de Santiago Santís Melendo y Marino Ayerra Redín). Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América. pp. 247-258.
- MARDONES, F. 2011. El recurso de revisión, una mezquina protección al inocente. Revista 93 de la Defensoría Penal Pública. Año 2 (N° 6): 45-47.
- MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2002. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno. Revista de Estudios de la Justicia (N° 1): 9-54.
- MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 489p.
- MASSINI, C. I. 1980. Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial. Revista de Derecho Público. Vol. 28: 61-85.
- MATURANA MIQUEL, C. 2002. Prisión preventiva y libertad provisional; Análisis desde una perspectiva procesal constitucional en relación con las realidades del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo. Revista de Derecho Público. Vol. 64: 84-90.
- MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Derecho procesal penal. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. Tomo I.
- MATURANA MIQUEL, C. y MONTERO LÓPEZ, R. 2010. Derecho procesal penal. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. Tomo II.
- MATURANA MIQUEL, C. 2010. Las medidas cautelares. [Separata de clases de Derecho Procesal III. Universidad de Chile, Facultad de Derecho]. Santiago, Chile. 164p.
- MÉNDEZ LONGORIA, M. A. 2007. Los principios del proceso penal estadounidense y el caso de Michael Jackson [en línea]. Cuadernos unimetanos. Septiembre, 2007, (N° 11). <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3997657>> [consulta: 22 septiembre 2016].
- MENDONCA, D. 1998. Errores judiciales. Cuadernos de Derecho Público. (N° 4): 199-206.
- MERINO, A. y REUSE, M. 2010. Testigos presenciales y reconocimiento de imputados en Chile. Aproximación a los procedimientos utilizados y propuestas para una mejora en las prácticas. (N° 15): 55-83.

- MINISTERIO PÚBLICO. 2015. Boletín Estadístico Anual. [en línea]. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [consulta: 20 abril 2017].
- MINISTERIO PÚBLICO. 2016. Boletín Estadístico Anual. [en línea]. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [consulta: 20 abril 2017].
- MINISTERIO PÚBLICO. 2017. Boletín Estadístico Anual. [en línea]. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [consulta: 20 abril 2017].
- MINISTERIO PÚBLICO. Semestre Enero-Junio 2017. Boletín Estadístico Anual. [en línea]. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [consulta: 20 septiembre 2017].
- MONTAÑES PARDO, M. A. 1999. La presunción de inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencia. Pamplona, Editorial Aranzadi. 388p.
- NASH, C. y NUÑEZ, C. 2015. Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile. Santiago, Chile. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. 347p.
- NAVARRO BELTRÁN, E. 2011. El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Litigación Pública. Colección Estudios de Derecho Público de la Universidad de los Andes. Santiago, Chile. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile. pp. 11-36.
- NAVARRO BELTRÁN, E. 2012. 35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 10 (N° 2): 617-642.
- NAVARRO BELTRÁN, E. y CARMONA SANTANDER, C. 2015. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional (N°59). 758p.
- NETTEL, A. 1996. La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad judicial. Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho (N°5): 107-111.
- NIEVA FENOLL, J. 2013. La duda en el proceso penal. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. 178p.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2004. Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la Convención Americana de Derechos humanos. Revista del centro de estudios constitucionales Universidad de Talca. Año 2 (N° 1): 123-158.

- NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005a. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista Ius et Praxis. Año 11 (N° 2): 15-64.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2005b. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Revista Ius et Praxis 11 (N° 1): 221-241.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. 2013. Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005. Revista del centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. Año 11 (N° 2): 97-154.
- NÚÑEZ, J. 2014. ¿Camino a una responsabilidad amplia del Estado por actos del Poder Judicial? [en línea]. Diario Constitucional. 28 de mayo, 2014. <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/camino-a-una-responsabilidad-amplia-del-estado-por-actos-del-poder-judicial/>> [consulta: 03 junio 2017].
- ORELLANA TORRES, F. 2009. Manual de Derecho Procesal, Tomo V, Procesos Penales. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia. 285p.
- ORTIZ MÉNDEZ, M. 2015. Análisis de los problemas probatorios en los procedimientos sancionatorios contra las vulneraciones a la Ley 18.045. Revista de Derecho Público 82 (1° semestre 2015): 205-250.
- PÉREZ LÓPEZ, J. 2012. La motivación de las decisiones tomadas por cualquier autoridad pública. Derecho y Cambio Social. Año IX (N° 27): 1-12.
- PEREZ LUÑO, A. 2004. Los derechos fundamentales. 8° edición. Madrid, España. Editorial Tecnos. 233p.
- PFEFFER URQUIAGA, E. 2002a. Eficacia de las normas constitucionales frente a la Reforma Procesal Penal. Revista de Derecho Público. Vol. 64: 48-68.
- PFEFFER URQUIAGA, E. 2002b. Vigencia del nuevo Código Procesal Penal en el país. Revista de Derecho Público. Vol. 64: 69-79.
- POBLETE ITURRATE, O. 1998. Presunción de inocencia. Significado y consecuencias. Algunas referencias al Proyecto de Código Procesal Penal. Revista del Abogado. Año 4 (N° 14): 28-32.

- PODER JUDICIAL. 2017. Cuenta Pública año 2017. [en línea]. <<http://www.pjud.cl/documents/10179/6954767/1.4+Labor+Jurisdiccional+Tribunales+de+Primera+Instancia.pdf/90c00ac8-570a-4f84-8c63-4f6584dfa78a>> [consulta: 20 abril 2017].
- PODER JUDICIAL. 2017. Tablero sistema penal. [en línea]. <<https://public.tableau.com/profile/poder.judicial#!/vizhome/shared/M5R57WYYYY>> [consulta: 20 abril 2017].
- POPPER, K. 1980. La lógica de la investigación científica. Madrid, España. Editorial Tecnos. 451p.
- POZO SILVA, N. 2006. Presunción de inocencia o estado de inocencia en el nuevo proceso penal. Gaceta Jurídica (Julio N° 313): 9-25.
- REYES MOLINA, S. 2010. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal chileno. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Valdivia, Chile. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho. 38p.
- REYES MOLINA, S. 2012. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXV (N° 2): 229-247.
- RAY, R. R. 1934. Burden of proof and presumptions. Texas Law Review (N° 33): 1-21.
- RIEGO RAMÍREZ, C. 2000. Chile. En: MAIER, J, AMBOS, K y WOISCHNIK, J (coordinadores). Las reformas procesales penales en América Latina. 1ª edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc. pp. 167-195.
- RIEGO RAMÍREZ, C. 2003. Nuevo estándar de convicción. Centro de investigaciones jurídicas Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales 17 (N° 5): 3-16.
- ROSSEAU, J. J. 1969. El contrato social. Madrid, España. Edaf Ediciones. 207p.
- ROXIN, C., ARZT, G., y TIEDEMANN, K. 1989. Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A. 279p.
- ROXIN, C. 1997. Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2º edición. Madrid, España. Editorial Civitas. Tomo I.
- ROXIN, C. 2000. Derecho procesal penal (Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor). Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto S.r.L. 601p.

- ROXIN, C. 2000. La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 158p.
- SALMONA MAUREIRA, F. J. 2008. Decisión judicial y colisión de derechos fundamentales. Cuadernos del Tribunal Constitucional (N° 40): 9-99.
- SAMPER, F. 2009. Derecho romano. Tercera edición. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 421p.
- SANTIBÁÑEZ YÁÑEZ, C. 2010. La presunción como acto de habla en la argumentación. Revista de Lingüística Teórica y Aplicada. Vol 48 (N° 1): 133-152.
- SCHUBERT, G. 2011. ¿Existen inocentes en las cárceles de Chile? Revista 93 de la Defensoría Penal Pública. Año 2 (N° 6): 7-11.
- SILVA BASCUÑÁN, A. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis. 2° edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.
- SILVA BASCUÑÁN, A. 2002. Tratado de Derecho Constitucional. Poder Judicial. Ministerio Público. 2° edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, Tomo VIII.
- SILVA BASCUÑÁN, A. 2006. Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales. 2° edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo XI.
- SILVA BASCUÑÁN, A. 2008. Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales. 2° edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo XII.
- SOTO KLOSS, E. 1993. Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional. Revista Chilena de Derecho, Vol. V.10 (N°1): 45-58.
- STEIN, A. 2008. The right to silence helps the innocent: a response to critics. Cardozo Law Review, Vol. 30 (N° 1): 101-126.
- STEIN, A. 2013. Contra la “prueba libre”. Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXVI (N°2): 245-261.
- TARUFFO, M. 2004. Consideraciones sobre prueba y verdad. En: La prueba en el nuevo proceso penal oral. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. pp. 163-184.
- TARUFFO, M. 2005. Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. (N° 28): 115-126.

- TARUFFO, M. 2006. La motivación de la sentencia civil. D.F., México. Coordinación de Documentación y Apoyo Técnico del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 430p.
- TARUFFO, M. 2009a. La prueba de los hechos. 3era edición. Madrid, España. Editorial Trotta. 542p.
- TARUFFO, M. 2009b. Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos. En: OTEIZA, E. (coordinador). La prueba en el proceso judicial. 1ª edición, Santa Fe, Argentina. Editorial rubinza-culzoni. pp. 21-42.
- TAVOLARI, R. 1998. Variaciones sobre la prueba en el proceso. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCV (N° 2): 37-59.
- TAVOLARI, R. 2005. Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 440p.
- TAVOLARI, R. 2009. El nivel de convicción del juez civil y penal. En: OTEIZA, E. (coordinador). La prueba en el proceso judicial. 1ª edición, Santa Fe, Argentina. Editorial rubinza-culzoni. pp. 301-319.
- TOLIVAR ALAS, L. 2009. La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez. En: QUINTANA LÓPEZ, T. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Tomo I. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch. pp. 507-547.
- TROPER, M. 2003. El poder judicial y la democracia. En: MALEM SEÑA, J., OROZCO, J. y VÁSQUEZ, R. La función judicial. Ética y democracia. Barcelona, España. Gedisa Editorial. 317p.
- ULLMAN-MARGALIT, E. 1983. On Presumption. The Journal of Philosophy, Vol. 80 (N° 3): 143-163.
- UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE, POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE Y CARABINEROS DE CHILE. 2013. Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados. 27p.
- VALENZUELA, J. 2011. Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno. Revista de Estudios de la Justicia (N° 14): 53-69.

- VALENZUELA, J. 2013. Inocencia y razonamiento probatorio. Revista de Estudios de la Justicia (N° 18, 1° semestre 2013): 13-23.
- VALENZUELA, J. 2013. Juicio a la inocencia. [en línea]. El Mostrador. 04 de diciembre, 2013. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/12/04/juicio-a-la-inocencia-2/>> [consulta: 02 octubre 2017].
- VALENZUELA, J. 2015. Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal. Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2014. Centro de documentación Defensoría Penal Pública. 16 (Diciembre de 2015): 117-145.
- VALENZUELA, J. [s.a.]. Sobre el estándar de prueba cautelar: decisiones provisionales y actividad probatoria en el proceso penal. Manuscrito proporcionado por el autor. 13p.
- VALENZUELA, J. 2017. Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal en el derecho chileno: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. Manuscrito proporcionado por el autor. 24p.
- VANN EEMEREN, F. H. 2007. “Consideren la brecha”: Conciliando la búsqueda del éxito con la persistencia de la razonabilidad. En: SANTIBÁÑEZ, C. y RIFFO, B. (editores). Estudios en argumentación y retórica. Teorías contemporáneas y aplicaciones. Santiago, Chile. Editorial Universidad de Concepción. pp. 59-81.
- VERDUGO MARINKOVIC, M. 2011. Síntesis jurisprudencial del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Revista de Derecho Público Vol. 74: 195-210.
- VIGO, R. 2000. Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. 225p.
- VILLADIEGO BURBANO, C. 2011. Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en América Latina: Mecanismos para evaluar la necesidad de cautela. En: Diez años de la reforma procesal penal en Chile. 1ª edición. Santiago, Chile. Ediciones UDP. pp. 609-644.
- WORLD PRISON BRIEF. 2016. World Pre-trial / Remand Imprisonment List. [en línea] <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wptribl_3rd_edition.pdf> [consulta 08 mayo 2017].

- WORLD PRISON BRIEF. 2017. Chile. [en línea]. <<http://www.prisonstudies.org/country/chile>> [consulta 20 septiembre 2017].

- WRÓBLEWSKI, J. 1985. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Madrid, España. Editorial Civitas. 114p.

B. Legislación nacional citada

B.1 Legislación interna

- Constitución Política.

- Código Civil.

- Código Procesal Penal.

- Código de Procedimiento Penal.

- Código de Procedimiento Civil.

- Ley N° 20.931: Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos.

B.2. Legislación comparada

- Constitución de Francia.

- Constitución de España.

- Constitución de Italia.

- Constitución de Portugal.

- Constitución de Argentina.

- Constitución de Uruguay.

- Constitución de Paraguay.

- Constitución de Perú.

- Constitución de Bolivia.
- Constitución de Colombia.
- Constitución de Ecuador.
- Constitución de Venezuela.
- Constitución de Guatemala.
- Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, acordada en Roma en 1950.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948

C. Jurisprudencia citada

C.1. Jurisprudencia nacional

(i) Corte Suprema:

1. Rol N° 964-2003: 12 de mayo de 2003.
2. Rol N° 1.743-2003: 02 de julio de 2003.
3. Rol N° 3.815-2006: 01 de julio de 2008.

4. Rol N° 3.450-2008: 03 de septiembre de 2009.
5. Rol N° 5.270-2008: 21 de enero de 2009.
6. Rol N° 5.043-2009: 04 de agosto de 2009.
7. Rol N° 5.044-2009: 04 de agosto de 2009.
8. Rol N° 990-2010: 03 de mayo de 2010.
9. Rol N° 5.411-2010: 11 de agosto de 2011.
10. Rol N° 4.688-2011: 31 de mayo de 2011.
11. Rol N° 8.637-2011: 15 de noviembre de 2011.
12. Rol N° 5.437-2012: 19 de julio de 2012.
13. Rol N° 5.858-2012: 06 de agosto de 2012.
14. Rol N° 4.800-2013: 25 de julio de 2013.
15. Rol N° 4.921-2014: 09 de junio de 2014.
16. Rol N° 22.356-2014: 20 de abril de 2015.
17. Rol N° 23.772-2014: 10 de septiembre de 2014.
18. Rol N° 25.658-2014: 11 de mayo de 2015.
19. Rol N° 1.579-2015: 08 de julio de 2015.
20. Rol N° 53-2016: 23 de febrero de 2016.
21. Rol N° 56-2016 (acumulada a Rol N° 58-2016): 11 de marzo de 2016.
22. Rol N° 8.152-2016: 04 de abril de 2016.
23. Rol N° 17.087-2016: 15 de marzo de 2016.
24. Rol N° 17.098-2016: 09 de mayo de 2016
25. Rol N° 17.552-2016: 25 de abril de 2016
26. Rol N° 18.443-2016: 22 de marzo de 2016

27. Rol N° 19.990-2016. 19 de mayo de 2016

(ii) Cortes de Apelaciones:

- Santiago

1. Rol N° 91-2009: 30 de enero de 2009.

- San Miguel

1. Rol N° 23-2008: 08 de abril de 2008.

- Rancagua

1. Rol N° 9-2004: 13 de mayo de 2004.

2. Rol N° 365-2013: 18 de julio de 2013.

- Talca

1. Rol N° 483-2009: 07 de octubre de 2009.

- Concepción

1. Rol N° 56-2016: 09 de febrero de 2016

- Valdivia

1. Rol N° 243-2009: 01 de junio de 2009.

(iii) Tribunal Constitucional:

1. STC 993-2007: 13 de mayo de 2008.

2. STC 519-2006: 05 de junio de 2007.

3. STC 739-2007: 21 de agosto de 2007.

4. STC 825-2007: 06 de marzo de 2008.

5. STC 829-2007: 06 de marzo de 2008.

6. STC 993-2007: 13 de mayo de 2008.

7. STC 1351-2009: 20 de mayo de 2010.

8. STC 1352-2009: 20 de mayo de 2010.
9. STC 1443-2009: 26 de agosto de 2010.
10. STC 1518 -2009: 21 de octubre de 2010.
11. STC 1584-2009: 17 de junio de 2010.
12. STC 1873-2010: 25 de agosto de 2011.

(iv) Tribunal de Juicio Oral en lo Penal:

1. TJOP Coyhaique RIT 8-2004: 21 de julio de 2004.
2. 1° TJOP de Santiago RIT 213-2015: 05 de febrero de 2016.

(v) Juzgado de Garantía:

1. 2° Juzgado de Garantía de Santiago RIT 5.800-2016: 24 de mayo de 2016.
2. 5° Juzgado de Garantía de Santiago RIT 2.164-2016: 03 de junio de 2016.

C.2. Jurisprudencia comparada

(i) Corte Interamericana de Derechos Humanos:

1. Caso Suárez Rosero v/s Ecuador: 12 de noviembre de 1997.
2. Caso Herrera Ulloa v/s Costa Rica: 2 de julio de 2004.
3. Caso Ricardo Canese v/s Paraguay: sentencia de 31 de agosto de 2004.
4. Caso Instituto de Reeduación del Menor v/s Paraguay: sentencia de 2 de septiembre de 2004.
5. Caso Palamara Iribarne v/s Chile: 22 de noviembre de 2005.
6. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México: 26 de noviembre de 2010.
7. Caso J. v/s Perú: 27 de noviembre de 2013.

(ii) Tribunal Constitucional español:

1. STC 31-1981: 28 de julio de 1981.

2. STC 107-1983: 29 de noviembre de 1983.

3. STC 111-1999: 14 de junio de 1999.

D. Congresos o seminarios académicos

- SEMINARIO PROCESO Y RAZONAMIENTO PRESUNTIVO: 7, 8 y 9 de octubre de 2015. 2015.
Santiago, Chile. Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

- I CONGRESO DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL: 26 de octubre de 2015. 2015.
Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado.