



Universidad de Chile.
Facultad de Derecho.
Departamento de Derecho Procesal.

LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD COMO FINALIDAD DEL PROCESO PENAL.

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

MARTINA COCIÑA CHOLAKY.

Profesor guía: Cristián Maturana Miquel.

Santiago, Chile.

2011.

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN.....	1
 CAPÍTULO I	
LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL.....	8
1. La verdad	8
2. Teorías acerca de la verdad	12
3. Noción de verdad en el proceso penal	16
4. Imposibilidad de alcanzar la verdad absoluta	23
 CAPÍTULO II	
EL PROCESO PENAL Y LA FINALIDAD DE AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD	26
1. Noción del proceso penal	26
2. Modelos de proceso penal.....	28
3. Elección del modelo implica optar políticamente.....	32
4. Finalidad del proceso penal	38

CAPÍTULO III

LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD COMO FINALIDAD DEL PROCESO PENAL CHILENO 50

1. Cuestiones preliminares 50
2. Finalidad del proceso penal chileno..... 54
3. Limitaciones a la búsqueda de la verdad..... 61
4. Equilibrio con otros intereses..... 75
5. No se renuncia a la verdad 80

CAPÍTULO IV

LA PRUEBA Y LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL. 85

1. Presupuestos de la prueba 85
2. Noción de la prueba 88
3. Función de la prueba 91
4. Objeto de la prueba 94
5. Límites a la prueba 97
6. Valoración de la prueba 102
7. Estándar de prueba 109
8. Prueba y averiguación de la verdad 113

CAPÍTULO V

LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD EN RELACIÓN A LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA Y A LA LEGITIMIDAD DE LA LABOR JUDICIAL..... 119

1. Motivación de las sentencias 120
 - 1.1 Noción de la motivación..... 120

1.2	Importancia de la motivación	121
1.3	Reconocimiento normativo de la motivación	123
1.4	¿Qué implica la motivación?	126
1.5	Función de la motivación	128
1.6	Motivación y verdad	132
2.	Legitimidad de la labor judicial	134
2.1	Legitimidad dada por el respeto de las normas	138
2.2	Legitimidad dada por la justicia	141

CAPÍTULO VI

LA FINALIDAD DE AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL EN RELACIÓN CON LAS CONVENCIONES PROBATORIAS.....	147
---	-----

1. Cuestiones preliminares	148
2. Convenciones probatorias y verdad	155

CONCLUSIONES	182
--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	191
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN.

Un completo y acabado estudio de todos los aspectos vinculados a la verdad escapa ampliamente al objeto de una memoria de pregrado, ya que su investigación a nivel de postgrado resultaría demasiado extensa y compleja.

Estamos consciente de lo ambicioso que resultaría emprender una tarea de tal índole, pues examinar la verdad conlleva analizar cuestiones tan discutidas y poco resueltas como qué rol le compete al Derecho en la sociedad, qué es la justicia, cuál es el papel del proceso, cuáles son las finalidades de la pena, y un largo de otros temas que sin duda son muy relevantes en la materia, pero se encuentran fuera del alcance real de tratamiento de la presente tesis.

Sin embargo, no debemos olvidar como se pronuncia Luigi Ferrajoli, en su conocida obra “Derecho y Razón”, que la cuestión de la verdad es seguramente el problema central y a la vez el más difícil de la teoría del proceso penal.

Entonces, consciente de la importancia y a su vez de la complejidad que envuelve el estudio de la verdad, el presente trabajo se abocará a efectuar un análisis de la averiguación de la verdad, circunscribiéndola específicamente, al fin que juega en el proceso penal chileno.

Para cumplir el objetivo propuesto, se aceptarán determinadas premisas como ciertas, de modo de fundar un debate sobre cómo actúa el propósito de la búsqueda de la verdad en el ordenamiento penal nacional, considerando las diferentes vertientes en las cuales incide.

De esta manera, el estudio de la indagación de la verdad se realizará en conjunto con el examen de la prueba, de la motivación de las sentencias y de la legitimidad de la decisión judicial, como presupuestos ineludibles de un proceso punitivo racional.

Concretamente desde el plano teórico, se concibe que el problema relativo a la verdad consiste esencialmente en una cuestión de tipo epistemológica en sentido amplio, es decir, constituye la relación entre la realidad y el conocimiento relativo a ésta. Suponiendo que existe una cierta realidad externa y objetiva, se trata entonces de la forma de lograr una representación en el plano de las ideas que sea fiel a la realidad. Así, la verdad de la representación subjetiva se encuentra condicionada a la mayor o menor correspondencia con la realidad objetiva. Siendo la representación verdadera aquella que es fiel a lo existente.

A su vez lo anteriormente expuesto, en sentido normativo se traduce en que a pesar de las limitaciones presentes en el proceso penal, existe una idea de verdad que se puede alcanzar en éste, y es la noción que finalmente posibilita hablar en términos de correspondencia con los hechos acaecidos en el plano fáctico. De allí que en el presente trabajo cobre relevancia el examen de la prueba, su valoración, el estándar al cual debe ceñirse; en fin, como actúa ésta en armonía con la verdad, o sea, como hace patente la necesidad de identificarse con la realidad. Al mismo tiempo, la motivación de las sentencias constituye otro elemento fundamental que juega con los anteriores, en la medida que una decisión racional otorga al proceso penal y al Derecho, legitimidad frente a la ciudadanía; factor clave en la construcción de un sistema coherente con un Estado democrático, y del Derecho como mecanismo acorde a los requerimientos de la sociedad.

Ahora, específicamente para precisar lo problemático, es decir, por qué se reflexiona sobre la búsqueda de la verdad como objetivo del proceso punitivo, primero hay que responder a la interrogante de qué verdad se está haciendo referencia en el proceso penal, y qué implica aquello en el ordenamiento punitivo; para posteriormente, revisar cómo se concilia en el proceso nacional, dicho objetivo con los demás elementos que conforman el sistema penal, ya que no se debe olvidar que en la esfera punitiva, junto con la indagación de la verdad existen una multiplicidad de intereses,

que abarcan desde la realización del derecho penal sustantivo, pasando por la protección del individuo y alcanzando la recomposición de la paz y la seguridad jurídica.

Particularmente, la indagación de la verdad a pesar de constituir una discusión de antigua data y de encontrarse extensamente estudiada por los más connotados teóricos, no deja de ser una cuestión de absoluta vigencia en la actualidad, por las implicancias que trae consigo su estudio.

En especial, esta dinámica resulta interesante de analizar si se considera que el sistema criminal patrio, en este último tiempo ha sufrido una gran transformación en la materia, gracias a la implementación de la mentada reforma procesal penal, que vino a cambiar los parámetros existentes en el proceso, consagrando un nuevo modelo, que brinda una respuesta más satisfactoria a las demandas de estatuir un ordenamiento que resulte coherente con un Estado de Derecho. Por ello, el examen de la verdad se contextualizará dentro del actual sistema impuesto por el Código Procesal Penal (de ahora en adelante CPP). Este nuevo modelo que se caracteriza por su corte acusatorio, en contraposición con el antiguo sistema que regía en Chile, instaaura el juicio oral y la prueba entre otros componentes, como máximas garantías frente a la arbitrariedad judicial.

Es justamente en este contexto de transformación, donde los presupuestos teóricos que orientan al sistema punitivo, como la indagación de la verdad como finalidad esencial del proceso penal, juegan un rol fundamental no sólo como ideal regulativo, sino también para comprender a cabalidad las demás instituciones que dan vida al orden jurídico. De allí que se establezca que su estudio, resulta importante en el marco normativo actual, pues el análisis del propósito de la verdad en el ordenamiento punitivo, permite entender cómo se conjuga este objetivo con los demás mecanismos inherentes al proceso. Por lo mismo, se estudia la prueba y la motivación de la decisión judicial, como componentes básicos de un sistema que pretende erigirse de modo legítimo frente a la ciudadanía.

Para simplificar el examen de la averiguación de la verdad como objetivo del proceso penal chileno vigente, la memoria se estructurará en seis capítulos: El primero

referente a la verdad, el segundo, trata el estudio del proceso punitivo en relación a la finalidad de indagación de la verdad, el tercer capítulo se adentra en esta dinámica, específicamente en el contexto del ordenamiento patrio; por su parte, el cuarto capítulo la vincula con la prueba, el quinto, con la motivación de las sentencias y la legitimidad del proceso punitivo, y el capítulo final, da un cierre a lo planteado, examinando un nuevo mecanismo del proceso penal chileno, a la luz de la indagación de la verdad como finalidad del sistema punitivo.

Específicamente el primer capítulo se inserta en la memoria con carácter introductorio, en tanto se percibe que para comprender la indagación de la verdad en el ámbito del Derecho, es menester efectuar a priori un examen de lo que conlleva la verdad de modo general. Por lo mismo, en este capítulo inicial se abarca la temática de la verdad, las principales teorías que se han elaborado al respecto, la idea de verdad que se adopta como la adecuada en el proceso penal, desde una noción amplia hasta la que compete al área jurídica, y por último, un apartado final que propugna como se debe concebir la verdad dentro del contexto punitivo.

Por su parte, el segundo capítulo trata el proceso penal y como juega éste con la finalidad de averiguación de la verdad. Comienza analizando la idea que subyace al proceso punitivo y a los diferentes modelos que se han erigido al respecto. Luego, se efectúa un análisis sobre la relación existente entre el proceso y las ideologías, es decir, se estudia lo que implica la elección del modelo, entendiendo que la política resulta una cuestión inherente a esta discusión y que por ende, el examen que se realice debe considerar esta dimensión. Por último como cierre del capítulo, se razona respecto a la finalidad que debe guiar al proceso penal.

Entonces, es el tercer capítulo el que aúna los dos primeros, profundizando las temáticas vistas, desde el ámbito normativo nacional. De esta forma, se aborda la finalidad que conlleva el proceso punitivo chileno, teniendo en cuenta las limitaciones existentes en el ordenamiento patrio para indagar la verdad, y asimismo, se tratan los equilibrios que deben establecerse entre los demás intereses que igualmente deben satisfacerse en el sistema. Entendiendo, al final de cuentas, que a pesar de las

restricciones y de los demás valores presentes, no se debe renunciar a la búsqueda de la verdad, como ideal regulativo.

Por otra parte, el cuarto capítulo examina la finalidad de averiguación de la verdad con la prueba, estudiando la dinámica que se genera entre ambas, a lo largo del proceso punitivo. Así, se estudian los diferentes elementos que involucra la prueba, analizando desde cómo actúa en el ordenamiento penal, el rol que cumple, su importancia en el ámbito punitivo, el objeto de la prueba, el estándar requerido, el sistema de valoración vigente, entre otros temas, que permiten comprender la interrelación existente entre la prueba y la verdad.

El quinto capítulo examina la motivación de la sentencia, su relevancia y sus implicancias en el ordenamiento punitivo, en relación a la finalidad de averiguación de la verdad en el proceso punitivo; en el entendido de que constituye uno de los requisitos esenciales para hablar de la racionalidad del ordenamiento. Por lo mismo y como cierre, se reflexiona acerca de la legitimidad de la tarea de administrar justicia, examinado cómo resulta factible dotar de racionalidad al sistema penal y al Derecho. De esta manera, se intenta dar una mirada amplia, respecto a cómo juega la finalidad de indagación de la verdad en el sistema criminal.

Luego, desde una perspectiva menos teórica y más práctica, en el sexto capítulo se traslada el análisis teórico realizado en la tesis, a una novedosa institución del proceso penal patrio, como lo son las convenciones probatorias (de ahora en adelante CP). Así, se estudia como las CP se desarrollan en el sistema interno, examinando desde los proyectos de ley de reforma procesal penal, hasta como se encuentra consagrada hoy en día. Asimismo se analiza la regulación establecida por el ordenamiento chileno, haciendo una crítica coherente respecto de su finalidad, su alcance, sus límites, entre otros elementos que la constituyen. Considerando siempre, que la intención de este capítulo final, será denunciar la tensión entre el fin de búsqueda de la verdad y la aceptación de una convención probatoria como mecanismo para establecer que ha de entenderse como verdad a efectos probatorios. Este capítulo se incorpora, porque se concibe que una tesis debe constituir un aporte en la materia, no solamente en el plano de la discusión teórica, sino también en la práctica cotidiana de impartir justicia.

Finalmente se encuentran las conclusiones, que vienen a realizar un juicio general acerca de la problemática originalmente planteada, mostrando las diversas aproximaciones y contradicciones entre las materias esenciales en el proceso penal, como lo son la verdad, la prueba, la motivación de la decisión judicial y la legitimidad en la labor de administrar justicia. Teniendo en cuenta en todo momento, las limitaciones intrínsecas que existen en el contexto normativo penal, y las consecuencias que se derivan de una u otra dinámica.

En consecuencia, como se puede deducir de lo expuesto, la intención principal de la tesis será examinar la búsqueda de la verdad del modo en que efectivamente se presenta en la realidad, es decir, como un mecanismo en constante transformación y dependiente del contexto en el cual se inserta. Por eso, en variadas ocasiones se efectuarán paralelos entre la teoría jurídica con la política vigente, con el gobierno de turno, con el rol que tiene la sociedad en esta construcción jurídica, entre otras temáticas contingentes. Ello, se realizará en el entendido de que con el presente trabajo se pretende desarrollar un análisis que no se restrinja a lo normativo, sino que interactúe con los demás elementos que sustentan al proceso penal y lo constituyen como un sistema jurídico coherente. En síntesis, se busca no ser ajenos a que el proceso se construye y varía acorde a la ideología imperante y a la sociedad en la que actúa¹.

Ahora, en cuanto a la metodología escogida en la memoria, aquí se examinarán los planteamientos de los diversos autores, tanto nacionales como extranjeros que estudian la verdad; adoptándose una posición que critica determinadas vertientes y toma para sí otras, estimadas adecuadas tanto desde una perspectiva dogmática, como desde el ámbito fáctico. Optando por una lógica que responda a la necesidad de simplificar el examen de la problemática, amenizándola y alejándola de teorizaciones, que en ciertas ocasiones, más que resolver la discusión, la complejizan hasta extremos

¹ El profesor Carlos Pérez Soto en sus cátedras en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile imprime una mirada similar, al evaluar sus pruebas de acuerdo a tres criterios: contenidos, relaciones con otros temas y opinión personal. Sólo si el alumno lograba satisfacer estos tres ítems, significaba que había comprendido la materia, debido a que estima que para conocerla a cabalidad, además de saber que constituía, era menester que la relacionará con otros aspectos y fuera capaz de plantear una visión crítica de la misma. Esta es la lógica que se intentará seguir en esta tesis.

inabordables para el estudio. Ello, pues según mi parecer una tesis de pregrado debe pretender abordar la temática de manera simple, de forma de constituir un aporte al debate actual, efectuando una investigación que contribuya, aunque sea en una minúscula porción al estudio de la materia, y en este caso concreto, a delinear un proceso penal que se condiga con el ideal de justicia que anhela cumplir todo Estado de derecho que se precie de tal.

Lo anterior, es posible sintetizarlo en palabras de Alberto Bovino y Christian Courtis, en que “si la teoría jurídica pretende sinceramente colaborar en la realización de la utopía, no tiene más alternativa que incorporar enfoques que excedan la dimensión normativa del fenómeno jurídico. Mantener su visión idealizada y formalista del derecho no sólo implica la escasa utilidad social de la actividad de los juristas sino que, lo que es más grave, convierte a estos últimos en cómplices de la arbitrariedad”².

Por lo tanto, la presente tesis, en sentido metafórico es una doble invitación, en la medida que, por una parte, se hace un llamado para dejar de lado la complicidad identificada con la injusticia, y por otra parte, se pretende genuinamente convertir la utopía en realidad.

² BOVINO, Alberto y COURTIS Christian. Por una dogmática conscientemente política [en línea] <<http://nohuboderecho2.blogspot.com/2008/11/por-una-dogmtica-concientemente-poltica.html>> [consulta: 9 agosto 2011]

CAPÍTULO I.

LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL.

El análisis del primer capítulo requiere advertir que esta sección de la memoria denominada “La verdad en el proceso penal” se incorpora de modo introductorio, con el propósito de encuadrar lo central, que es la discusión de la averiguación de la verdad como finalidad del proceso penal. Por eso, los tópicos aquí planteados se examinarán someramente, y no se realizará un análisis pormenorizado de todas las vertientes que éstos involucran. Esta delimitación del campo de estudio, responde exclusivamente a que la complejidad del problema de la verdad requiere de una detención que excede las competencias de este trabajo.

1. La verdad.

La verdad debe ser una de las cuestiones más debatidas a lo largo de la historia, no solamente en el ámbito jurídico, sino también filosófico, político y social. De allí que la reflexión sobre lo que involucra la verdad constituya una vieja controversia que es posible remontarla a la discusión sostenida hace más de dos mil años, entre Poncio Pilatos y Jesús. Esta famosa conversación fue recogida en el Nuevo Testamento, en el evangelio de San Juan, y explicita la necesidad de saber en qué consiste la verdad. De ahí que Pilatos le recrimine a Jesús: ¿qué es la verdad? ¿de qué verdad hablas?

Pues bien, si se efectúa un breve recorrido del tratamiento que la verdad ha tenido en la historia, es posible apreciar que en las diferentes civilizaciones ha ocupado un rol fundamental, no sólo en el plano teórico en una primera etapa, sino además con posterioridad en el ámbito fáctico, y en la actualidad en la cotidianidad misma de los sujetos que conforman la comunidad³.

Ahora si se remonta a la antigüedad, se encontrará a los romanos, quienes mediante la *boca della veritá* distinguían al mentiroso o al adúltero, a través de un simple procedimiento, que consistía en introducir la mano en una máscara circular ubicada en la Iglesia de Santa María de Cosmedin en Roma. En síntesis, la leyenda cuenta que si la persona mentía, la boca de piedra se cerraba y lo mordía, reconociendo así inmediatamente al farsante o al embustero.

Por su parte, los griegos hace más de dos milenios ya tenían planteada la problemática de la verdad en la famosa Alegoría de la Caverna, donde Sócrates al hablar con su estimado Glaucón lo entusiasma a comparar “la región que se manifiesta por medio de la vista con la morada-prisión, y...por otro lado, el ascenso y contemplación de las cosas de arriba con el camino del alma hacia el ámbito inteligible, y no te equivocarás...dentro de lo cognoscible se ve al final, y con dificultad, es la Idea del Bien. Una vez percibida, ha de concluirse que es la causa de todas las cosas rectas y bellas, y que en el ámbito inteligible es señora y productora de la verdad y de la inteligencia, y que es necesario tenerla en vista para poder obrar con sabiduría”⁴. De

³ Un caso, donde esto último se ve reflejado, es la búsqueda inalcanzable de la verdad acerca de la muerte de Salvador Allende. En resumidas cuentas, a Allende al momento de su muerte se le realizó una autopsia; luego con la recuperación de la democracia, su cuerpo se exhumó y se le efectuó un segundo examen forense; y ya en el primer semestre del año 2011, en una investigación llevada a cabo por el ministro Mario Carroza, se le hizo un tercer análisis en el Servicio Médico Legal, que demostró que su trágica e histórica muerte había sido fruto de un suicidio. Esta incesante indagación respecto de lo ocurrido, demuestra que la verdad es un ideal que no sólo se persigue a nivel jurídico para determinar la culpabilidad de un sujeto, sino y más bien, se establece como un anhelo constante a alcanzar en la sociedad, como una forma de construir justicia frente a los atropellos y a las violaciones de los derechos humanos. De allí, que muchas comisiones post-dictaduras se denominen comisiones de verdad, y busquen junto con la demanda de justicia, determinar lo sucedido, puesto que como afirmó en su momento, Carlos González, Obispo de Talca y presidente de la Conferencia Episcopal de Chile “la verdad sin justicia, es una farsa”. Para una investigación más exhaustiva de la materia ver el trabajo Las Comisiones de la Verdad en América Latina de Esteban Cuya.

⁴ PLATÓN. La República, libro IV.

esta manera, Platón concebía a la verdad equiparada a la realidad, es decir, la identificaba con aquello que persiste por debajo de las apariencias, esto es, ese orden dialéctico esencial permanente que se traduce en el entendimiento comprendido como la capacidad del alma.

Aristóteles, a pesar de ser su discípulo, consideró que no existía la tal causalidad entre el mundo ideal y el mundo sensible que argumentaba Platón; ya que creía que ambos mundos no se explicaban racionalmente. Dicha razón lo motiva a proyectar un universo donde la esencia se encuentra directamente ligada con la forma; así concibe a la verdad como propiedad de las proposiciones. Ergo, este filósofo es quien incorpora el fundamento empirista a la dinámica del conocimiento y la verdad.

Ahora “si entendemos la verdad como lo hizo Aristóteles, tanto el lenguaje como el mundo deberían ser dados de una vez, perfectamente delimitados y sin experimentar cambios”⁵; no obstante, ni la lengua ni el universo se encuentran establecidos de una vez y categóricamente, por lo que la verdad fue y continua siendo en la actualidad una noción difícil de despejar.

Por su parte, los sofistas propusieron que el cimiento de la verdad se encontraba en la experiencia y en la convención social del discurso, en el sentido de que ésta se hallaba relacionada directamente con el lenguaje y las palabras. Esta noción, ha sido tenida en cuenta hasta hoy en día, en la medida de que la verdad se determina acorde a un contexto y dentro de un lenguaje dado.

Tiempo después, René Descartes produjo una gran transformación en la materia, al incorporar la intuición como evidencia de la verdad, abriendo paso al idealismo y a lo que se conoció como etapa moderna, así con su célebre frase: “Pienso, luego existo” instituyó la verdad como evidencia.

Sin embargo, fue Immanuel Kant quien generó un cambio aún mayor en esta materia, al aunar el racionalismo y el empirismo, para postular que la verdad en sí, lo que él llamaba noúmeno, permanece incognoscible (como lo sería Dios). Por

⁵ MUÑOZ Gutiérrez, Carlos. La definición de verdad de Alfred Tarski [en línea] <<http://www.ucm.es/info/pslogica/verdadtarski.pdf>> [consulta: 29 julio 2009]

consiguiente, planteó que en la medida que no es posible obtener una experiencia sensorial de la verdad, ésta quedaba fuera del conocimiento. De este modo, Kant concibió a la verdad como una relación inherente al espíritu, o sea, como un acuerdo del conocimiento con el ente simbolizado. En síntesis, este intelectual alemán diferenció lo que el sujeto poseía antes de la experiencia con lo establecido a posteriori, es decir, con las impresiones procedentes de la experiencia, que junto con los elementos del entendimiento permiten llegar al conocimiento. En otros términos, Kant identificó la verdad con el acuerdo del pensamiento y con los códigos esenciales de la razón.

También este idealismo se plasmó en Hegel⁶, quien acentuando la concepción de la relación sujeto-objeto de Kant, postuló a la razón como el artífice de la verdad, en la medida que la argumenta y la hace real. En este sentido, la verdad existe únicamente si se vincula con la totalidad de la cual es parte, esto es, que lo verdadero sería el todo, ya que la realidad constituiría la suma de las relaciones dialécticas, donde el objeto terminaría por ser igual al sujeto, y éste último idéntico al pensar. De esta forma, Hegel incorporando las contradicciones inherentes a la realidad, construye la denominada teoría dialéctica. Posteriormente, esta concepción fue tomada para sí, por las teorías marxistas y estructuralistas. Y luego, ya en la actualidad, el realismo centrado en el objeto y el idealismo basado en la percepción del sujeto, se dejaron de lado por Husserl, para construir una acepción de verdad que no pretende ir más allá de lo dado, tal como se muestra al individuo. En suma, Husserl construyó una teoría que condensa la intencionalidad de la conciencia en su designada fenomenología.

Ahora, esta coherencia interna que tanto predicán los pensadores como necesidad, es un requisito de la verdad; sin embargo, según Taruffo no la constituye, porque muy bien un juicio puede ser completamente coherente, pero falso al mismo tiempo al no

⁶ Para un estudio profundo sobre Hegel los textos de Carlos Pérez Soto son una buena opción, pues este profesor de física logra entregar una visión clara de los complejos planteamientos del destacado filósofo alemán, ya sea en "Desde Hegel, para una crítica radical de las ciencias", del año 2008 o en otra obra más reciente caratulada "Sobre Hegel", del año 2010. Ambos textos, impresos por la editorial LOM.

corresponderse con lo real. Por lo tanto, para configurar adecuadamente la verdad, se requiere situarse en lo real.⁷

Por último, sólo resta señalar que han sido muchos más los teóricos que han ahondado sobre esta temática, como Heidegger, Nietzsche, Habermas, y un largo etcétera, con tanta profundidad y detalle, que esa investigación daría hasta para un tratado sobre la materia, lo que sin duda, excede las competencias de esta memoria, por lo que se dejará hasta aquí el somero recuento realizado.

2. Teorías acerca de la verdad.

Para determinar la concepción de verdad que se adecua de mejor modo al proceso penal, es primordial efectuar un recorrido por las principales teorías que se han erigido respecto a la verdad. Así que a continuación, realizaremos una somera revista a las corrientes más influyentes sobre las concepciones que han tenido relevancia en la materia.

Si se inicia el examen por los griegos, se considerará que empezaron por explorar lo verdadero "frente a la falsedad, la ilusión, la apariencia, etc. La verdad era en este caso idéntica a la realidad, y esta última era considerada como idéntica a la permanencia, a lo que es, en el sentido de "ser siempre".

Como la verdad de la realidad era concebida a menudo como algo accesible únicamente al pensamiento y no a los sentidos, se tendió a hacer de la llamada "visión inteligible" un elemento necesario de la verdad"⁸. De esta forma, Platón entregó una teoría de carácter metafísico, que entendía a la verdad como autenticidad. Así, algo será verdadero cuando su apariencia muestra lo que constituye su esencia. Esta

⁷ En profundidad Vid. infra capítulo I, punto 3: "Noción de verdad en el proceso penal".

⁸ Véase significado de verdad [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/2538434/Diccionario-de-Filosofia-Jose-Ferrater-Mora>> [consulta: 21 septiembre 2011]

adecuación entre el ser de una cosa y su aspecto, daba como resultado la autenticidad, la cual consistía en el estándar para medir la verdad.

Por su parte, Aristóteles propuso en sus escritos designados *Metafísica* que “decir de lo que es, que no es; o que no es, que es, es lo falso; decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es, es lo verdadero”. Con esta célebre frase, el filósofo griego apeló a la idea de que para determinar la verdad debe establecerse un sistema que de pie a la realización del contraste, que distinga el pensamiento de los objetos del mundo, de modo que se genere una relación de coincidencia entre el pensamiento y la realidad.

Esta mirada acerca de la verdad, fue la semilla para que tiempo después germinara la teoría correspondentista. Corriente que no solo recogió las ideas de Aristóteles, sino también incorporó a sus antecesores Platón y Sócrates, para diferenciar las creencias de las cosas, de manera que un enunciado es verdadero si se adecua a lo fáctico. Es decir, la proposición “p” es verdadera, si, y sólo si, en la realidad se da el acontecimiento que está expresado en esa proposición “p”. Ello, en el sentido de que debe existir un ajuste entre el objeto y lo que se propugna acerca de éste; como claramente lo expresa el clásico ejemplo de Tarski que reza: “la proposición la nieve es blanca es verdadera, si, y sólo si, la nieve es blanca”. En efecto, la oración es verdadera, si es satisfecha por todos los objetos⁹. En otras palabras, se designa verdad a la “correspondencia correcta entre la representación ideológica del objeto, que practica el sujeto que conoce, y la realidad: es la representación ideológica correcta de una realidad ontológica...verdad representa un juicio sobre una relación de conocimiento, esto es, el juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer ha culminado con éxito.”¹⁰

A su vez, para abordar la idea de la correspondencia, hay que considerar que esta teoría presenta dos vertientes. Una perspectiva estricta, representada por Bertrand Russel, quien suscribe una correspondencia epistemológica, de tal forma que la

⁹ También es vital considerar en este punto, que para construir esta concepción semántica de la verdad, Tarski distingue el lenguaje del objeto, del metalenguaje. Para un análisis profundo de esta teoría, véase: TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. A Parte Rei: Revista de Filosofía.

¹⁰ MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Buenos Aires, Hamurabi, 1989. p. 563.

realidad sea reflejada perfectamente como un espejo. Y una segunda tendencia, más laxa, que exige que se establezca una relación de reciprocidad, donde el pensamiento se ajuste al hecho enunciado.

Precisamente, esta teoría surgió como reacción a la corriente que propugna la verdad como coherencia, al considerar que “existe la necesidad de que los enunciados sobre los hechos sean sometidos a un juicio de verdad/falsedad por parte del juez. No es posible que la decisión sea tomada sólo sobre la base de la coherencia narrativa de un relato que alguien ha narrado”¹¹.

Por el contrario, como se planteó, Hegel consideraba que la verdad de un enunciado se determina de acuerdo a su adecuación con el resto. De manera tal que el saber se edifica como un puzle, en el sentido de que cada pieza toma su significado y su valor en relación al resto del rompecabezas. Así, la verdad se construye como un criterio contextual e histórico, o sea, se conforma en torno a las demás proposiciones y no en relación al mundo.

En una posición disímil se encuentra tanto Foucault como Nietzsche, para quienes la verdad no debería identificarse como un atributo del discurso, esto es, que no debería erigirse una relación entre el objeto y la figura lingüística, ya que estiman que la verdad se atiene a la política de la proposición. En otras términos, para estos teóricos lo fundamental es “lo que rige los enunciados y la manera en la que se rigen los unos a los otros para constituir un conjunto de proposiciones susceptibles de ser verificadas...la verdad no está a nivel de la lógica ni a nivel de los significados; sino más bien, se remite a un análisis de la inteligibilidad de las luchas, de las estrategias y de las tácticas”¹².

Concretamente, esta batalla a la que hace alusión el filósofo francés, constituiría una contienda respecto al estatuto de la verdad y al rol que juega ésta, tanto en el

¹¹TARUFFO, Michele. Narrativas judiciales [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000100010&script=sci_arttext> [consulta: 29 julio 2011]

¹² La verdad y el poder en Foucault [en línea] <<http://es.shvoong.com/humanities/philosophy/1926369-la-verdad-el-poder-en/>> [consulta: 3 agosto 2011]

plano político como económico. De este modo, la verdad se definiría como “el conjunto de reglas según las cuales se discrimina lo verdadero de lo falso y se ligan a lo verdadero efectos políticos de poder”¹³.

Ahora, desprendiéndose de la analítica del poder y apelando al consenso como verdad, se encuentra Jürgen Habermas, quien es el representante más notorio de la teoría consensualista.

Este conocido sociólogo alemán, invoca el diálogo para establecer cooperativamente la verdad, en cuanto éste posibilitaría el aprendizaje de las condiciones del mundo. Así, desde esta perspectiva la verdad requeriría un procedimiento o un acuerdo previo, que prescinde en cierto sentido de la verdad material, al fundarse directamente en lo acordado entre los intervinientes, y no en lo acaecido en la realidad.¹⁴

En igual sentido, se pronuncia el alemán Gössel, quien considera que es posible que en el mundo exterior haya objetos distintos del observador, esto es, estructuras que por medio de la experiencia se pueden detectar. A su vez, esta premisa del catedrático da origen a tres supuestos: el primero dado porque el proceso penal elabora una determinada imagen de la realidad, y por ende una imagen de verdad; el segundo, pues hay un hecho real y externo que aconteció; y el tercero, establecido en tanto que la verdad es aprehendida y nunca construida.

Por otro lado, la idea de que la verdad no es obtenida de una vez y por siempre, sino que es discutible en la medida que se construye fruto de un proceso, es compartida por la teoría pragmática de la verdad. Concepción que tiene entre sus máximos exponentes a William James, quien instaura la utilidad como eje central. De forma que un enunciado será verdadero si funciona en la práctica o si es eficaz para solucionar los problemas y satisfacer las necesidades.

¹³ FOUCAULT, Michel. Microfísica del poder [en línea] <virtual.filosofia.cu/almacen/libros/Foucault...Microfisica-del-Poder.../file> [consulta: 3 agosto 2011]

¹⁴ En profundidad vid. infra capítulo VI: “La finalidad de averiguación de la verdad en el proceso penal en relación con las convenciones probatorias”.

Por último, no está de más señalar que entre las corrientes se encuentra el constructivismo, teoría que se centra en los procesos, para postular que la verdad se constituye a partir del sujeto cognoscente, a través de los procesos individuales y colectivos. Particularmente, Heidegger rechaza la concepción constructivista, al considerar que la verdad radica en el ser, de modo que es anterior a todo discernimiento; ergo, se estructura con independencia de los juicios que sobre ésta pueda existir.

3. Noción de verdad en el proceso penal.

“La verdad es la verdad, dígala Agamenón o su porquero.”

Antonio Machado.

Como es posible advertir, establecer un concepto de verdad no constituye una tarea fácil, ya que la discusión sobre la verdad se inserta en un ámbito mayor a lo meramente normativo, involucrando la epistemología, la lógica, la ética, entre otras ramas. No obstante, y consciente de la profundidad de la problemática, se dejará de lado el análisis filosófico¹⁵, para abocarse a examinar cómo se desarrolla la verdad en el área punitiva.

Esta restricción en el estudio se realiza en el entendido de que este trabajo no pretende entregar una respuesta a esta intrincada interrogante filosófica, sino establecer a qué verdad se hace referencia en el contexto del proceso penal; en otras

¹⁵ La complejidad que alcanza esta materia, queda demostrada en las más diversas acepciones que el diccionario de filosofía Ferrater Mora estipula respecto a la verdad, esto es que “la verdad trascendental es el verum como realidad; la verdad gnoseológica es la verdad en cuanto se halla en el intelecto; la verdad lógica es la verdad en cuanto adecuación del enunciado con la cosa; la verdad que puede llamarse "nominal" y que se ha llamado asimismo "oracional" es la conformidad de un signo con otro”. Véase: significado de la verdad [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/2538434/Diccionario-de-Filosofia-Jose-Ferrater-Mora>> [consulta: 21 septiembre 2011]

palabras, el sentido de darle un contenido preciso a la finalidad perseguida por el ordenamiento criminal.

Entonces, en esta sección “el núcleo del problema no es, pues, preguntarse acerca de si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos”, sino como aclara Taruffo, “más bien establecer qué puede entenderse por verdad de los hechos en el ámbito de proceso y cuándo, en qué condiciones y mediante qué medios aquélla puede alcanzarse. Se trata, entonces, de un problema eminentemente epistemológico”¹⁶

Según mi parecer, no existe una concepción unívoca de verdad, sino que la noción de ésta se construye acorde el ámbito de estudio, debido a que “la verdad se relaciona con el contexto al que pertenece. Por lo tanto, los contextos diferentes pueden adoptar distintos conceptos de verdad y...el contexto judicial es un contexto en que la verdad empírica es necesaria”¹⁷.

Al respecto, Michel Foucault en su obra denominada “Microfísica del poder” declara que “la verdad es de este mundo; está producida aquí gracias a múltiples imposiciones. Tiene aquí efectos reglamentados de poder. Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su política general de la verdad: es decir, los tipos de discursos que ella acoge y hace funcionar como verdaderos; los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos a falsos, la manera de sancionar unos y otros; las técnicas y los procedimientos que son valorizados para la obtención de la verdad; el estatuto de aquellos encargados de decir qué es la que funciona como verdadero”¹⁸.

Para dejar en claro lo que denuncia el filósofo francés, esto es, cómo influye el régimen discursivo y la dinámica de poder en la construcción de toda concepción de verdad, resulta útil efectuar una analogía con la noción de justicia, en el sentido de que este ideal también se ha determinado según los contextos en los que ha estado presente y acorde a los juegos de poder en los que se ha visto inmiscuido.

¹⁶ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Milán, Trotta, 2002, p. 168.

¹⁷ TARUFFO. Ob. cit. en n. 11.

¹⁸ FOUCAULT. Ob. cit. en n.13.

Así, se advierte que el contenido de la justicia en la famosa disputa entre Melenao y Antiloco se distancia en demasía a la concepción que apela Franz Kafka en su novela “El proceso” o en la alegada en la actualidad por los comuneros mapuches o por los estudiantes secundarios y universitarios en sus demandas por un sistema educacional más equitativo. Si bien, los ejemplos dados son situaciones en que la justicia se ha instaurado como la bandera de lucha de las diferentes causas, el contenido con que se satisfizo la justicia en la antigüedad, resulta ajeno si se compara con lo exigido y validado como justo hoy en día.

Particularmente, cuando se analiza la verdad en el contexto judicial, un sector no menor de la doctrina efectúa la distinción entre aquello que realmente ocurrió en el plano fáctico, y aquello que es establecido en el juicio. Denominando a la primera verdad material o histórica al atenerse a la realidad; y designando a la segunda, verdad formal, en la medida que en el proceso sólo se obtendría lo que se pudo probar, según los tiempos y las formas procesales existentes. Por eso, la verdad histórica se asocia con la indagación de lo sucedido sin límite alguno, en el entendido de que la meta es alcanzar un resultado que sea fiel reflejo de lo acontecido; mientras que la verdad judicial, se atiene a una concepción menos estricta, al establecer como verdadero aquello que se pudo probar en el juicio, considerando las restricciones de tiempo, de recursos, de la misma naturaleza humana y las limitaciones que impone el ordenamiento jurídico.

Por el contrario, teóricos extranjeros de la talla de Taruffo, Ferrajoli, Guzmán, y nacionales como Maturana, Nuñez y Coloma se resisten a esta distinción, por considerarla sin sentido, en la medida que más que aclarar los conceptos y nutrir la discusión, la confunden con diferenciaciones que no tienen asidero, al hablar de verdad dentro del proceso, y otra verdad que se establece fuera de éste.

Según estos autores, corresponden a diferenciaciones equívocas si se considera que dado la falibilidad humana, no sólo la averiguación de la verdad será inalcanzable en el ámbito del proceso penal, sino en todos los ámbitos de la vida. Ergo, como apunta Cristián Maturana “si la verdad es inasequible, pretender la creación de una verdad ficticia roza los límites de lo absurdo. Por ello hablar de una verdad real y de

una verdad formal importa una ficción ilusoria”¹⁹. En igual sentido, se manifiesta Taruffo al considerar que esta dualidad de nociones de verdad es “inútil y equivocada, porque no es verdad que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría en cualquier ámbito fuera del proceso. Lo que se persigue en el proceso es la mejor aproximación posible, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto a la verdad histórica o empírica de los hechos”²⁰.

Por lo tanto, y como correctamente apunta Rodrigo Coloma, “ante el fracaso de la distinción entre verdad material y verdad formal pareciera más adecuado hablar sencillamente de la verdad como criterio de demarcación o mejor aún de lo probado, lo que no implica que lo probado pueda desentenderse totalmente de lo verdadero, al menos como regla ideal. Razones epistemológicas (el conocimiento siempre es susceptible de ser revisado) y de carácter práctico (las decisiones de los jueces para que tengan sentido deben ser oportunas) llevan a desechar el uso de la verdad a secas como criterio de demarcación.”²¹

Entonces, una vez rechazada la distinción anterior, se debe seguir buscando una concepción de verdad que resulte acorde al proceso penal.

En este punto del examen, como apunta Tarski la problemática central es hallar una noción de verdad adecuada, tanto sustancialmente como formalmente. Así, para lograr una respuesta correcta a este requerimiento, se recurre a la etimología del término verdad.

Precisamente el latín *veritas* de donde proviene verdad, a grandes rasgos, significa conformidad de las cosas con la noción que de ellas construye la mente, también consiste en el discernimiento o juicio que no se puede rechazar lógicamente; en fin, la verdad se define como la realidad o existencia real de una cosa.

¹⁹ MATURANA Miquel, Cristián. Aspectos generales de la prueba, apuntes de clases, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2006, p. 29.

²⁰ TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. *Doxa*, 3:81-97, 2003, p. 86.

²¹ COLOMA Correa, Rodrigo. Vamos a contar mentiras [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art02.pdf>> [consulta: 29 julio 2011]

Las precedentes acepciones presentan en común, la idea de correspondencia con el mundo de las cosas, lo que posibilita que no se pueda contradecir lógicamente, al fundarse en la realidad.

De igual modo se pronuncia Ferrajoli, al aseverar que el significado del término verdadero se traduce en la “correspondencia más o menos argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con la realidad objetiva, que en el proceso viene constituida por los hechos juzgados y por las normas aplicadas”²².

He ahí como la verdad de la representación subjetiva, se encuentra condicionada a la mayor o menor correspondencia con la realidad objetiva; siendo la representación verdadera aquella que es fiel a lo existente. De esta forma, la verdad se configura por su correspondencia con lo fáctico, es decir, si se ajusta lo afirmado, con el hecho al cual se está haciendo referencia.

Ahora, una vez esclarecido que la verdad en el ordenamiento punitivo constituye una problemática de corte epistemológico. Surge la interrogante ¿a qué noción debe referirse el derecho procesal cuando se habla de verdad?

Ya se sabe que el ordenamiento punitivo no persigue alcanzar la realidad inteligible, ni la veracidad, ni la coherencia, sino que busca reproducir lo ocurrido en el plano fáctico, porque una resolución judicial puede estar justificada en forma consistente y ser persuasiva, sin embargo, no corresponderse con la realidad de los acontecimientos²³. Ello, en cuanto que “la profundidad de un convencimiento errado no transforma el error en verdad...el juez puede estar profundamente persuadido, *in interiore homine*, de la existencia o inexistencia de un hecho, pero esa persuasión, sin importar cuán profunda sea, no lo conducirá por sí sólo a la verdad. Lo cierto es, en

²² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. 5ª ed. Madrid, Trotta, 2001, p. 66.

²³ A modo de ejemplo, esta situación se podría dar en el caso que una madre se inculpe de haber asesinado al esposo que la maltrataba, lo que puede ser plausible dentro de un contexto de violencia, y si en juicio se recepciona como prueba el cuchillo de cocinar con el cual ella habría dado muerte a su marido. Esta narración, que a primera vista resulta persuasiva en cuanto a la autoría del delito, puede no corresponderse con la realidad, si se considera que la mujer en el momento del crimen se encontraba en la feria, y el hijo fue quien producto de una fuerte discusión en la cocina, ataca a su progenitor, dándole muerte.

cambio, que si el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria”²⁴.

Por ende, como se vislumbra de lo expuesto, la noción de la verdad como persuasión resulta insuficiente para entregar una respuesta jurídica coherente a la dinámica de la verdad en el proceso penal. Por lo que en este punto, se rechazan las teorías que propugnan la coherencia y la persuasión como base para establecer la verdad, debido a que dejan de lado la idea primordial que “para determinar la verdad de una oración es necesario, tener claridad acerca de las propiedades relevantes para considerar que un enunciado es verdadero; como también, si tales propiedades concurren en el caso concreto”²⁵.

A su vez, esta exigencia de ajuste o coincidencia es recogida por la corriente que ha ganado mayor cantidad de adeptos en la actualidad, o sea, por la teoría de la correspondencia.

Esta perspectiva al postular que una afirmación es verdadera si da cuenta de lo fáctico tal cual es o fue, no prescinde de lo acontecido, sino que lo toma para sí, y lo convierte en un requisito fundamental en el juzgamiento, entregándole legitimidad a la administración de justicia.

A tal punto ello es así, que se postula que es la “única que permite hablar del proceso penal como proceso cognoscitivo, en la medida que esté sujeto a la predeterminación legal del tema probandum en términos dotados de referencias empíricas precisas”²⁶.

Esta positiva percepción de la teoría de la verdad como correspondencia, se genera en tanto que esta concepción concibe lo real como algo externo a constatar, que conlleva una relación sujeto-objeto, donde el sujeto-juez, se construye una representación mental del objeto-hechos, así la correspondencia entre la imagen del

²⁴ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid, Marcial Pons, 2010, p.104 y 105.

²⁵ COLOMA. Ob. cit. en n. 21.

²⁶ GUZMÁN Nicolás. *La verdad en el proceso penal, Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006. prólogo.

objeto en la mente del sujeto, hace de la representación una representación verdadera, que se da por probada.

En el mismo sentido, se pronuncia Ferrajoli en su conocida obra “Derecho y Razón”, al subrayar que en el sistema punitivo “la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la verdad precisamente en el sentido de correspondencia lo más próxima posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados. Sólo si se refieren a la verdad como correspondencia, los criterios de la coherencia y de la aceptabilidad justificada pueden en realidad impedir la prevaricación punitiva contra el particular de intereses o voluntades más o menos generales y vincular el juicio a la estricta legalidad, o sea, a los hechos empíricos previamente denotados por la ley como punibles”²⁷.

Por lo tanto, en vista de los argumentos esgrimidos, se seguirá a este respecto a autores como Taruffo, Damaska, Ferrer, Gascón, Ubertis, Ferrajoli, Guzmán y Nuñez, quienes defienden la noción de verdad como correspondencia como la teoría más sensata en el ámbito del proceso, porque esta concepción da una respuesta que al mismo tiempo, aúna coherentemente lo acaecido en el plano fáctico, con lo estatuido en el proceso penal. Ello, en la medida que “la norma sustancial que utiliza el juez como criterio de decisión presupone que el hecho jurídicamente calificado que es objeto de la decisión se haya verificado realmente fuera del proceso y de sus narraciones, o sea en el mundo de los eventos reales. Si este hecho no ha sucedido en la realidad la norma no puede ser aplicada y, si aún así se aplica, ello es suficiente para que la sentencia sea injusta.”²⁸.

En suma, la teoría de la verdad como correspondencia al exigir la concordancia del pensamiento con el objeto pensado, para aducir que se está frente a un enunciado verdadero, resulta consistente con lo que se requiere para instaurar un proceso penal racional, en el sentido de erigirse como un mecanismo que atribuye responsabilidades y sanciones, acorde a que los hechos que prescribe la normativa legal y que se han

²⁷ FERRAJOLI. Ob. cit. en n.22, p. 68.

²⁸ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad, La prueba en el nuevo proceso penal oral. Santiago, Lexis-Nexis, 2003, p. 123.

dado en la realidad. Por ende, sus decisiones no son fruto de una suerte de lotería o de la mera discrecionalidad de los jueces, sino que se atienen al ideal de la justicia, tan necesario en este ámbito.

4. Imposibilidad de alcanzar la verdad absoluta.

Una vez escogida la teoría de la correspondencia de la verdad como la concepción más adecuada para el proceso penal, se hace fundamental determinar la verdad que se está persiguiendo en el ámbito punitivo, considerando las limitaciones propias del proceso criminal, del individuo, y de la sociedad en general.

Al respecto, Michel Foucault advierte que “el conocimiento no es una facultad y tampoco una estructura universal...es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado. Es precisamente esa relación estratégica la que definirá el efecto del conocimiento y, por esta razón, sería totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese en su naturaleza obligatoriamente parcial, oblicuo, perspectivo”²⁹. En efecto, no es posible alcanzar una verdad última en el sistema punitivo, ni tampoco se puede afirmar que una proposición sea absolutamente cierta. Ello, no se puede configurar en las ciencias exactas y menos será posible establecerlo en el proceso penal, puesto que el modelo del que se nutre actualmente el ordenamiento criminal y las restricciones que se erigen en pos de las garantías de las personas, han condicionado y limitado de tal modo el conocimiento de la verdad, que únicamente se pueden establecer verdades aproximadas. Creer lo contrario sería caer en una ingenuidad epistemológica.

La advertencia precedentemente expuesta atiende a que “nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que éste sea, permitirá adquirir certezas

²⁹ FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. 2ª ed. Barcelona, Gedisa, 2003, p.12.

racionales sobre la verdad de una hipótesis³⁰. Por lo mismo, el chileno Pedro Angulo en su texto “La verdad en el proceso penal” sostiene que “constituye una verdad de perogrullo que la perseguida no es una verdad absoluta que, por lo demás, sería irrelevante en relación al proceso penal. Tampoco se persigue la verdad a cualquier precio, por ello existen prohibiciones razonables³¹”.

De este modo, consciente de las restricciones existentes, la doctrina mayoritaria ha entendido que “la verdad resulta determinada por esa estructura de referencia que es el proceso y por las reglas que lo regulan, y por tal razón no puede hablarse de verdad más que en términos de relatividad, nunca de absolutez...Toda verdad es siempre relativa y, por lo tanto, no existen razones para descartar de plano la posibilidad práctica de que en el proceso se arribe a una verdad por el sólo hecho de estar condicionada por las reglas que lo regulan y por no ser, en consecuencia, una verdad absoluta³²”.

Entonces, dejando de lado el escepticismo, en términos de Michele Taruffo, resulta “claro que es posible la determinación verdadera de los hechos, siempre que se dé al término verdadero un significado aceptable bajo el punto de vista epistemológico...así lo que permanece inalterable es que la verdad absoluta es sólo un punto de referencia teórico, un valor tendencial que no puede ser concretamente realizado, pero que, sin embargo, sirve para determinar y para orientar los valores relativos concretos...el reconocimiento generalizado de la imposibilidad de obtener verdades absolutas no implica en absoluto el fin de que las cosas...pueden ser racionalmente conocidas. Muy simplemente se admite la existencia y la racionalidad de conocimientos relativos... la imposibilidad de la verdad absoluta no demuestra de ninguna forma la imposibilidad de toda determinación verdadera de los hechos en el proceso³³”.

Por lo tanto, en un sentido metafórico, la verdad se establece como un haz de luz que alumbra el camino a la administración de justicia, un punto de referencia primordial

³⁰ FERRER Beltrán, Jordi. Los estándares de la prueba en el proceso penal español [en línea] <<http://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf>> [consulta: 29 julio 2011].

³¹ ANGULO Arana, Pedro. La verdad en el proceso penal [en línea] <http://www.mpfm.gob.pe/prensa/pesp_la_verdad.php> [consulta: 29 julio 2011].

³² GUZMÁN. Ob. cit. en n. 26, p. 25.

³³ TARUFFO. Ob. cit. en n.16, p. 179.

que guía al ordenamiento punitivo. En resumidas cuentas, un ideal regulativo imprescindible que permite darle sentido a la función de juzgar y al proceso penal como sistema coherente con la justicia.

CAPÍTULO II.

EL PROCESO PENAL Y LA FINALIDAD DE AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD.

1. Noción del proceso penal.

El proceso penal consiste principalmente en una relación jurídica que crea efectos jurídicos, no solamente respecto de los intervinientes, sino también para la sociedad en su conjunto.

Si bien la relación se produce entre determinados sujetos, el ordenamiento entrega una respuesta al conflicto que va más allá de los afectados, resolviendo de modo definitivo el problema, otorgando una decisión obligatoria para todos, en la medida que es fruto de la normativa democráticamente estatuida.

Por consiguiente, el proceso criminal se instaura como la herramienta que el Estado establece para la solución de conflictos de relevancia jurídico-penal, constituyendo el único modo legítimo de aplicación de la pena.

No obstante, el valor del proceso no reside en su posibilidad de cumplimiento o de coacción frente a la inobservancia de la decisión judicial, sino en que la respuesta entregada es consecuencia de una serie de procedimientos que hacen tangible al derecho penal, a las normas sustantivas que éste contiene, y a su vez, al ideal político que está detrás de la administración de justicia. Es decir, su importancia radica en la posibilidad de motivar las conductas de las personas, al dar una respuesta racional y fundada al conflicto.

En este sentido, el proceso se traduce en el modo de realización del derecho penal sustantivo, o sea, en reglas que buscan regular de la mejor manera posible la respuesta jurisdiccional frente a ciertos comportamientos que ocasionan disputas en la comunidad.

Asimismo, el sistema penal es aplicación del derecho constitucional, al regular las garantías y los derechos que los intervinientes pueden exigirle al Estado, dando cabida a los diversos intereses y bienes que la sociedad considera vitales para su convivencia, y a su inversa, instituyendo castigos frente a su violación.

Particularmente de la interconexión entre proceso penal y solución de conflictos, se desprende la función social que se le atribuye al Derecho, al determinar las conductas de las personas, motivándolas para actuar acorde a la normativa y sancionándolas en caso de transgresión de las garantías.

He así como el proceso cumple un rol protector más que coactivo, pues sus procedimientos se sujetan a estrictas normas jurídicas, que permiten concebirlo como un sistema de garantías de las personas, frente al poder penal del Estado. Entonces desde este enfoque, el proceso actúa como límite al poder, como freno a la arbitrariedad y como escudo de defensa de los ciudadanos frente al atropellamiento que pudiera existir por parte del aparato estatal o de los demás particulares.

Por eso, en la dicotomía derecho-saber, el proceso se constituye en el sistema que posibilita el resguardo de las garantías.

En este sentido se pronuncia Julio Maier, al sostener que desde la perspectiva social el proceso penal está “concebido como uno de los instrumentos para arribar a la paz jurídica, como un medio para lograr una solución acerca del conflicto social que está en la base de un caso penal, como una herramienta para poner fin a ese conflicto mediante una decisión dotada de autoridad del Estado. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el proceso penal es el instrumento establecido por la ley para la realización del derecho penal sustantivo.”³⁴

³⁴ MAIER. Ob. cit. en n.10, p. 574.

2. Modelos de proceso penal.

Cuando se estudia el proceso penal, inevitablemente salen al tapete los diferentes modelos procesales que han existido a lo largo de la historia en los diversos ordenamientos, ya que del equilibrio o la puja entre la eficiencia y la garantía, surgen la mayoría de los sistemas procesales vigentes en la actualidad. Ello se genera debido a que el sistema punitivo no se corresponde con un modelo puro, sino reconoce como tareas, tanto la resolución de conflictos, como la implementación de políticas.

La distinción clásica que han realizado los más connotados estudiosos de la materia, distinguen por un lado el modelo inquisitivo y en su oposición el sistema acusatorio, como modelos teóricos puros, ello independientemente de que en la mayoría de los países rijan principalmente sistemas mixtos³⁵.

El primer sistema, respondía a la Santa Inquisición y a la búsqueda de la verdad sin límite alguno, de allí que aceptara la tortura como método de investigación y otros procedimientos que hoy serían considerados atentatorios a los derechos humanos.

Esta amplitud en la indagación es coherente con que el sistema inquisitivo apuntaba directamente a la verdad histórica, en el entendido de que las partes no juegan un papel relevante al momento de establecer lo probado, porque el sentido que tiene el proceso es determinar lo que ocurrió, independientemente de los costos personales y sociales que significara esa búsqueda.

Un ejemplo gráfico de este carácter inquisitivo, es que en variadas ocasiones, mediante la tortura u otros medios probatorios que utilizan la fuerza y el tormento, se extraían confesiones de actos que los perseguidos, no habían cometido o resultaban

³⁵ Justamente Mirjam Damaska en su gran obra "Las caras de la justicia y el poder del Estado" analiza modelos de procesos legales, distinguiendo entre Estado activista y reactivo. El primero, identifica al sistema jurídico con la averiguación de la verdad. Mientras que el segundo, concibe la solución de conflictos sociales como el objetivo a perseguir por el proceso. Si bien, este purismo en los sistemas se encuentra alejado de la realidad normativa, nos ayudará a caracterizar uno u otro modelo en particular.

de imposible realización (por ejemplo: “sí, maté a John Lennon”, ello aunque en el momento de su asesinato, el inculpado aún no había nacido).

Concretamente, el referido modelo surgió en la Edad Media al alero del derecho canónico que perseguía imponer su poder a través de un proceso escrito, secreto, de prueba legal tasada y donde las funciones de investigar, acusar y juzgar se reunían en un único órgano.

Esta excesiva concentración de tareas en una sola persona, que constituye el elemento distintivo de este modelo, implicó en la práctica un sin fin de arbitrariedades, que con el advenimiento de la Ilustración y con la posterior llegada de la Revolución Francesa se fueron atenuando, en la medida que ahora la persona tenía valor en el proceso como sujeto, y no como objeto de éste. Así la separación de funciones constituye una idea de vieja data que se instaura finalmente con el modelo acusatorio.

Este último sistema se caracteriza por la existencia de un juicio oral y público donde la decisión proviene de un órgano imparcial, que ya no está embestido de la facultad de investigar y de acusar, sino únicamente debe juzgar en base a las pruebas presentadas en juicio. De esta forma se asegura que la resolución más allá de los subjetivismos, será fruto de la imparcialidad, tanto subjetiva como objetiva del juzgador; y asimismo se resguarda la independencia, la igualdad y la legalidad de la actuación penal del Estado.

En consecuencia, este modelo acusatorio se instaura en el entendido de que se requiere construir una alternativa al sistema inquisitivo, secreto y escrito.

De allí que ahora las garantías individuales tomen fuerza en el proceso y la averiguación de la verdad se persiga, pero no a cualquier costo, porque la condena de un individuo debe ser consecuencia de lo probado en el juicio y no de meros prejuicios o apreciaciones personales.

En efecto, si no se logra demostrar que un sujeto cometió un delito, él quedará absuelto de los cargos, ya que la premisa fundamental de este régimen es la presunción de inocencia.

De esta manera, la garantía de inocencia se erige como derecho básico del sistema actual, al sustentar la idea de que una persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Así, esta premisa se consagra en el ordenamiento, al estimarse que resulta “menos grave” que un acusado quede en libertad, que un inocente sea sancionado injustamente. En otros términos, no se procura únicamente impedir el castigo al inocente, sino se intenta que el inocente no sea objeto de una sanción que no merece. Por lo mismo, Ferrajoli hace hincapié en que la presunción de inocencia constituye una garantía de verdad, en la medida que se instituye como respaldo frente a la admisión como verdaderas de hipótesis acusatorias dudosas.

Específicamente y siguiendo a Mercedes Fernández en este punto del análisis, la presunción de inocencia tiene como objetivo “encontrar el justo equilibrio entre dos intereses contrapuestos: el interés del Estado en la represión de la delincuencia y el interés del imputado en la salvaguardia de su libertad y su dignidad. La presunción de inocencia asume, pues, un papel central desde un punto de vista político, ya que viene a establecer los límites de las relaciones entre el individuo y el poder. De allí que exista según Garofoli una relación inescindible entre presunción de inocencia y Estado garantista”³⁶.

Este corte garantista, al que hace mención la autora española, es lo que intenta satisfacer el sistema acusatorio al fijar dos sujetos distintos en la acusación y en la sentencia, separando las funciones, asegurando la imparcialidad del juzgador, evitando los abusos, instaurando la igualdad de condiciones, y en síntesis, creando un proceso respetuoso de los derechos de los individuos. Todo ello unido al carácter público de los juicios, que permite transparentar los procesos y hacer tangible el ideal de justicia que demanda la ciudadanía. Ergo, el modelo acusatorio se construye en base a una concepción racional de la decisión judicial, donde la resolución debe ser motivada y acorde a un juicio de relevancia que valore los medios probatorios lógicamente.

³⁶ FERNÁNDEZ López, Mercedes. Prueba y presunción de inocencia. Madrid, Iustel, 2005, p. 120.

Por otra parte, estos modelos no deben comprenderse solos, sino que deben asociarse a determinadas ideologías políticas y sistemas de gobierno que responden a ciertos valores. Así, el sistema inquisitivo se vincula principalmente a regímenes absolutistas que dan mayor valor a la eficiencia; mientras que el modelo acusatorio, se relaciona a gobiernos de vertiente liberal y democrática, que presentan como bandera de lucha la protección de los derechos individuales.

Aunque esta lógica no sea una constante en la práctica, como lo demuestra Alberto Binder, al indicar que “no es que el sistema acusatorio fuera garantizador y el sistema inquisitivo fuera eficiente. Ambos, a su modo, eran una síntesis de esas dos fuerzas. No obstante, los sistemas acusatorios resolvían esa síntesis de un modo que protegía mejor a los individuos y su dignidad y el sistema inquisitivo lograba una mayor eficiencia con mengua del respeto a la libertad y dignidad de las personas”³⁷.

Precisamente, esa eficiencia a la que hace referencia el procesalista argentino, fue la que se privilegió en el Código de Procedimiento Penal del año 1906 en Chile, puesto que se consideraba que el país no contaba con los recursos y las herramientas para instalar un sistema acusatorio, por lo que se instauró un modelo donde el juez era amor y señor, al concentrar todas las funciones en su persona. En resumidas cuentas, el sistema consistía en un proceso en que se privilegiaba un sumario, escrito y secreto, donde las pruebas eran recibidas por los funcionarios judiciales, las cuales debían ser acorde a las reglas de la prueba tasada, y por último, la decisión se obtenía de la lectura del expediente.

De este modo, se percata que la inmediatez, la oralidad, la transparencia y el debido proceso eran principios que solamente se plasmaban como utopías hasta finales del año 2000, fecha de dictación del Código Procesal Penal.

Esta nueva normativa vino a instaurar un modelo de corte acusatorio acorde a las demandas de un sistema democrático, que persiguen construir un proceso penal que

³⁷ BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. 2a. ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 63.

sea compatible con el respeto de los derechos de las personas, y al mismo tiempo, que entregue una respuesta eficiente a las faltas y a los delitos³⁸.

Por lo tanto, como enfatiza Carlos Peña, “el sistema acusatorio de enjuiciamiento criminal es el intento de resolver esa paradoja instalada en lo más íntimo del Estado constitucional y configurada por la concentración de fuerza, y la idea de individualidad...aquí la verdad no se subordina al poder, en vez de eso, se independiza de él y se alcanza por medio de la confrontación de relatos”³⁹. De allí que en este contexto se postule que el sistema acusatorio sea una de las maneras más perfectas del debido proceso.

3. Elección del modelo implica optar políticamente.

Como se señaló en el subcapítulo anterior, en los ordenamientos actuales no rigen sistemas acusatorios o inquisitivos puros, sino modelos mixtos que buscan equilibrar los diversos intereses que se persiguen en una sociedad, privilegiando ciertos bienes por sobre otros, en la medida que se ajustan de mejor manera a la concepción de comunidad que se persigue como ideal.

Por lo mismo, es vital que exista una coherencia entre el sistema jurídico, la sociedad y el contexto en el que se plasmará, porque no resulta sensato imponer normativas que no se condigan con las concepciones propias de cada comunidad. Ello, no es posible desde el plano de la democracia ni de la efectividad; primero, porque el Derecho no es neutral, sino que responde a intereses políticos determinados que se adecuan a un cierto tipo de sociedad, excluyendo a otros modelos de vida; y segundo,

³⁸ Para un mayor conocimiento sobre los antecedentes y objetivos de la reforma procesal penal en Chile, acudir a <<http://web.minjusticia.cl/rpp/antecedentes.php>> [consulta: 21 septiembre 2011]

³⁹ PEÑA, Carlos. Los derechos humanos en el nuevo procedimiento penal [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100034&script=sci_arttext> [consulta: 29 julio 2011]

pues el resguardo de las garantías no se logra únicamente con la mera creación de normativa protectora, sino además es necesario fomentar un contexto social y político que posibilite la creación de una conciencia de respeto de éstas⁴⁰.

Lo anteriormente planteado, en términos de Arendt se expresa en que “un conflicto extremo sólo puede ser reconocido, entendido y juzgado por los propios implicados; en rigor sólo cada uno de ellos puede decidir por sí mismo si la alteridad del extraño representa en el conflicto concreto y actual la negación del propio modo de existencia, y en consecuencia si hay que rechazarlo o combatirlo para preservar la propia forma esencial de la vida”⁴¹.

En consecuencia, optar por un sistema implica favorecer ciertos principios, desechar otros, darle preponderancia a algunos valores y dejar los restantes de lado.

Esa elección no es neutral ni baladí, sino que más bien responde entre otros, a la posición que se tiene respecto al papel que debe cumplir el Estado en la sociedad, y específicamente en esta materia, a como se conciba la tarea de administrar justicia. De allí que, y sólo a modo de ejemplo, quien se identifica con el liberalismo debería propender a una mayor libertad en los diversos ámbitos de la vida; mientras aquél que se dice socialista, debería tender a un rol del Estado más fuerte, donde se asegurasen ciertas garantías mínimas para las personas y la provisión de servicios básicos no quede entregada a la famosa mano invisible de Adam Smith. Independientemente de

⁴⁰ Concretamente, si se analiza esta imposición de concepciones desde la perspectiva de la eficacia, se percata que no es eficiente la creación de normativas o instituciones jurídicas que no se van a cumplir en la práctica. Un ejemplo donde se ve plasmado la ineficacia de imponer concepciones ajenas, se presenta en lo que ocurre actualmente en Irak, en donde Estados Unidos ha tratado por todos los medios de erigir instituciones que desde su perspectiva se atienen a la democracia, pero los iraquíes al no compartir sus mismas ideologías, no acuden a estos organismos, ya que no se condicen con sus concepciones.

El documental “La doctrina del shock”, basado en el libro de la periodista Naomi Klein, es un interesante material investigativo que clarifica la imposición del imperio norteamericano en diferentes países del orbe.

⁴¹ La propuesta de Arendt se resume en la idea de que no es posible imponer nuestras concepciones sobre lo bueno, justo, malo sobre los otros ordenamientos, debido a que ello envolvería no respetar la diversidad de creencias, generando de este modo un contrasentido, ya que con el fin de proteger los derechos a toda costa, se estará violando las concepciones que se diferencian de la dominante. Por lo tanto, el llamado es abandonar una postura paternalista y adoptar deferencia frente a las demás culturas. Esto no significa establecer excepciones a las concepciones valóricas, sino entender que no todos comparten la misma valoración del mundo y respetar aquello.

que la coincidencia no sea absoluta, en la generalidad de los casos tienden a concordar visiones de la sociedad con el modelo de proceso punitivo que se asienta en la comunidad.

Damaska apunta en el mismo sentido, al subrayar que “los regímenes políticos se legitiman a través de la administración de justicia que establecen. El diseño de los procedimientos es sensible a las variaciones particulares de la ideología imperante. Estas variaciones tienen un impacto directo en cuanto al poder real de las partes para dirigir el curso de los juicios. En el proceso penal, las variaciones ideológicas afectan el grado de protección que el Estado concede al acusado”⁴².

Entonces, “un estudio adecuado del derecho procesal penal debe comenzar por la comprensión del problema cultural y político que tras de él reside”...ya que “los sistemas de enjuiciamiento penal han ido a la par de la historia política y guardan perfecta correspondencia con ella”...de modo que “la historia del proceso penal es sólo un capítulo de la historia de las relaciones entre los ciudadanos y el poder”⁴³

Una vez consciente de esta dinámica entre proceso y política, resulta vital esclarecer qué se está hablando cuando se alude a la política, es decir, a que noción se hace referencia, ya que ésta ha sido concebida de múltiples maneras por los más diversos doctrinarios.

Únicamente a modo de muestra, para Maquiavelo y Dahl, la política representaba el control sobre los demás sujetos y los bienes, de allí que imponía determinados comportamientos a las personas que no se habrían realizado naturalmente.

Weber subrayaba el sentido público, al entender que la política se constituía por la actividad efectuada por los organismos del aparato estatal, dotados de poder de coacción sobre la sociedad.

Por su parte, Aristóteles, Locke y Aquino, se centraban en el bien común y en la consecución de los valores generales, de ahí que asimilaban la política al equilibrio

⁴² DAMASKA, Mirjam. Las caras de la justicia y el poder del Estado, análisis comparado del proceso legal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 21.

⁴³ BINDER. Ob. cit. en n. 37, p. 62

social. Al contrario, Schmitt resaltaba el aspecto confrontacional, entendiéndola como la lucha entre amigos y enemigos.

Las disímiles comprensiones de la política presentadas, comparten como sustrato la idea de política y poder, en el sentido de que ambos componentes se relacionan directa y recíprocamente. Ello debido a que la política resuelve disputas sociales a través de decisiones que trascienden a los involucrados, siendo vinculante a la comunidad. “Hay, pues, un componente de obligación o de imposición en la acción política, que nos lleva de manera natural a cierta idea de poder”...que se entiende como “la capacidad de intervenir en la regulación coactiva del conflicto social”⁴⁴

Ahora, siendo consecuente con la recíproca vinculación existente entre poder, saber y Derecho, el estudio del proceso penal se estructurará de modo de demostrar los juegos de poder que están detrás de toda decisión, en el entendido de que el derecho procesal es el mecanismo utilizado para concretar la política substantiva.

Específicamente, esta correlación se hace patente por ejemplo en los mensajes de los códigos procesales penales chilenos.

Estas declaraciones permiten percatarse, entre otras cuestiones, de que el modelo que se impuso en el año 1906 en el país era acorde a los instrumentos con que se contaba en esa época. Luego, las circunstancias históricas, materiales y temporales de la nación fueron cambiando y exigiendo un sistema que fuera ad hoc a un Estado de Derecho. Por ello se transformó el régimen interno, estatuyéndose un modelo acusatorio afín a la ideología vigente que reclamaba un proceso punitivo congruente con la democracia. Por ende, “el derecho procesal más que plazos, formalidades o recursos, es ideología, y como tal, la forma en que se conciba la verdad o el proceso y las funciones que a éste se le otorguen, va a depender de una decisión política-moral”⁴⁵.

⁴⁴ VALLÈS, Josep y MARTÍ, Salvador. Ciencia política, una introducción. Madrid, Ariel. p. 31.

⁴⁵ FUSCH Nissim, Andrés. Consideraciones teóricas y prácticas sobre la relación entre proceso, prueba y verdad. Santiago, 2010, p. 5.

Justamente gracias a esta estrecha correlación existente, se deriva el alto interés que suscita el derecho procesal, en la medida que no es únicamente un mecanismo que actúa en el ámbito cognoscitivo, sino también lo hace a nivel práctico y valorativo.

Por consiguiente, fijar determinados requisitos, etapas, procedimientos, plazos, responde no solamente al tipo de modelo que se quiera construir, sino que al pensamiento político que se considere más adecuado, a la ideología que se entienda como la más coherente, en fin, al modelo que se quiera instaurar como sociedad, porque “las formas judiciales no son, solamente, una categoría formal, sino que, en tanto sirven directamente a la protección de la dignidad humana, se comportan como una categoría material, supraordinándose a la meta que, para el procedimiento penal, constituye la corrección material de la decisión.”⁴⁶

He aquí como el proceso penal se elabora a partir de la política criminal dominante. Si bien ambas cuestiones corresponden a dos aristas distintas del derecho penal, confluyen entre sí, en la conformación de los ordenamientos, estableciendo ciertos valores por sobre otros, en el entendido de que se atienden de mejor modo a la ideología dominante. Esto se produce debido a que los factores políticos funcionan como lo medular de los grandes bocetos del sistema procesal.

Lo recientemente expuesto, se percata por ejemplo si se compara la defensa del imputado de un delito, en el antiguo y el actual sistema nacional.

En el régimen anterior, la defensa criminal dependía de las Corporaciones de Asistencia Judicial compuestas mayoritariamente por estudiantes sin experiencia alguna en tramitación judicial; mientras que ahora la protección está a cargo de un organismo autónomo llamado Defensoría Penal Pública y formado por profesionales que ingresan a su cargo mediante concurso público. Sin duda, más de alguna vez, ocurrirá que los defensores no estén bien preparados o sobrepasados por la gran carga laboral que tienen, pero de todos modos, en la creación de este organismo se percibe una nueva idea respecto de la defensa. Es más, la misma denominación que recibía a quien se le atribuía un delito, implica un cambio de ideología, una nueva

⁴⁶ MAIER. Ob. cit. en n.10, p. 471.

comprensión, pues ahora se trata del imputado, y no del inculpado. De este modo, el contenido de la presunción de inocencia se transforma, haciéndose tangible como una macro garantía del proceso actual.

Abstrayéndose del ordenamiento chileno, es posible encontrar coherencia con lo planteado en cuanto a la recíproca relación entre poder y saber, con lo que postula el filósofo y teórico francés Michael Foucault al afirmar que “por detrás de todo saber o conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder. El poder político no está ausente del saber, por el contrario, está tramado con éste”⁴⁷.

De ahí que, cuando se analiza el sistema procesal criminal imperante es vital considerar las circunstancias políticas, sociales, económicas que lo rodean, ya que el modelo vigente es fruto de las ideologías políticas que se buscan implementar, y concretamente, el ordenamiento punitivo es el retrato de los valores sociopolíticos primordiales para la comunidad.

Ahora si se examina el marco nacional, se podrá percibir que “el procedimiento penal actual se debate entre dos intereses que en principio, son contradictorios: la razón de Estado, en forma de interés público por el descubrimiento de los hechos punibles y por la actuación de la coacción estatal, y el interés individual por librarse de la persecución y de la penal. El procedimiento penal actual es, en realidad, un compromiso político entre ambos intereses, cuya colisión está presente en las principales soluciones normativas del sistema”⁴⁸. Por lo tanto, los diversos procedimientos y figuras que conforman el proceso punitivo serán analizados desde el contexto político que los inspira y los moldea.

⁴⁷ FOUCAULT. Ob. cit. en n. 29, p. 38.

⁴⁸ MAIER. Ob. cit. en n.10, p.531.

4. Finalidad del proceso penal.

Una vez efectuada la advertencia de que la elección de un modelo procesal envuelve optar por una ideología determinada, es pertinente indagar por el objetivo que persigue concretamente el proceso penal.

En este punto de la materia, lo primero que se debe dejar en claro es que no existe una única finalidad, sino que al igual que en la mayoría de los ámbitos, en el ordenamiento punitivo hay innumerables intereses en juego. De allí que esta antigua y ardua discusión sobre el propósito del proceso, haya estado presente en el tapete de los doctrinarios desde tiempos inmemoriales y lo seguirá estando, en la medida que se pretenda establecer un objetivo, desechando otros fines que también resultan esenciales para la buena marcha del ordenamiento criminal.

Un breve examen de las posiciones de los teóricos sobre la materia, que presentan tantos puntos de conexión como de divergencia, se podría sintetizar de la siguiente manera:

El enfoque contemporáneo representado entre otros por el catedrático Klaus Volk⁴⁹, postula que no existe un fin único, sino que el propósito perseguido es múltiple, porque se debe dar respuesta al unísono, a tres metas distintas: alcanzar la verdad, instaurando la justicia y asegurando la paz jurídica.

Este penalista germano enfatiza que el funcionamiento debe ser conjunto, debido que la sentencia tiene que ser resultado del equilibrio entre los tres objetivos referidos, y puesto que el proceso al buscar la verdad de lo acaecido debe realizarlo de forma justa y producto de un proceso legalmente tramitado. Según Volk, meramente así, sería posible asegurar la paz jurídica en la sociedad.

⁴⁹ Lo referente a la postura de Klaus Volk fue obtenido de los apuntes de clases de Derecho Procesal Penal del profesor Raúl Nuñez, precisamente del curso dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el segundo semestre del año 2007.

En el mismo sentido se pronuncia Vincenzo Manzini, al manifestar que el objetivo del proceso penal, es “conseguir la realizabilidad de la pretensión punitiva derivada de un delito a través de la utilización de la garantía jurisdiccional”⁵⁰.

De igual forma se expresa Roxin, al estipular que la meta del procedimiento se configura con una correcta decisión sobre la punibilidad del imputado, emanada del sistema normativo y que restituya la paz jurídica.

Por su parte, Hassemer, coincidente con Volk, apunta a que “suele decirse, que si como la justicia es el paradigma del derecho material, la verdad es el paradigma del derecho procesal penal...la verdad es una condición necesaria (naturalmente no suficiente) de la justicia, y esto es, lo que deja relucir el enorme peso del procedimiento y del derecho penal”⁵¹. En otras palabras, este autor quiere hacer un llamado a “evitar la ceguera”, percatándose de que si bien la verdad constituye el ethos del procesal penal, la optimización de la averiguación de la verdad no es por sí sola motivo suficiente como para dar por establecido el correcto funcionamiento del proceso punitivo.

Ahora si se examina la problemática desde el punto de vista dialéctico, se tiene a Luhman, quien apela a la función del Derecho como instrumento represivo frente a los desórdenes, dándole al debate un cariz político, que critica la vertiente que identifica al ordenamiento con la protección de las garantías. De este modo, Luhman subraya la idea de que el sistema penal no se orienta a la verdad, sino que cumple un papel estrictamente funcional que consiste en la neutralización de las protestas. Este objetivo se conseguiría, por medio de un proceso cuya conclusión ha sido aceptada por todos los intervinientes.

Lo planteado por Luhman, no se puede negar si se tiene en cuenta que el Derecho desde su nacimiento se ha instaurado como instrumento de control social. Justamente

⁵⁰ MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Buenos Aires, E.J.E.A., 1952. p. 247.

⁵¹ HASSEMER W. La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal [en línea] <http://www.ucab.edu.ve/tl_files/Derecho/Archivos/Varios/la%20verdad%20y%20la%20busqueda%20de%20la%20verdad%20en%20el%20proceso%20penal%20%28winfried%20hassemer%209.pdf> [consulta: 15 septiembre 2011]

en un comienzo para la coerción del bajo pueblo por la monarquía o los nobles, de allí la prédica que diera a principios del siglo XIX, el obispo Watson ante la “Sociedad para la supresión de los vicios” apelando a los ricos al cumplimiento de las normas como medio de dominación. Así, el obispo literalmente exponía: “os pido que sigáis las leyes aun cuando no hayan sido hechas para vosotros, porque así al menos se podrá controlar y vigilar a las clases más pobres”⁵².

Por otro lado, Lesch asevera que el proceso penal implica la asunción de dos postulados primordiales. La primera premisa, dada por entregar una solución definitiva al conflicto; y el segundo presupuesto, conformado porque la decisión produce un efecto vinculante como consecuencia de su legitimación formal por medio del procedimiento. De este modo, este teórico distingue el proceso de creación de la decisión, del procedimiento anterior orientado a la adopción de ésta.

En una posición similar se encuentra Alberto Binder, quien apela a la existencia de dos fuerzas que pugnan entre sí por instaurarse en el proceso penal, una de éstas la denomina sistema de garantías o resguardos frente al uso de la fuerza estatal. Esta primera vertiente persigue impedir que la utilización de esa fuerza se traduzca en la arbitrariedad y el abuso, de ahí que su propósito sea el resguardo de la dignidad y la libertad individual. Por su parte, la segunda tendencia que procura imponerse en el proceso, según este autor, busca conseguir un efectivo empleo de la ley penal, por lo que su meta se condensa en la mayor eficacia en la aplicación del poder del Estado.

Coincidiendo con lo propuesto, Carlos Peña subraya en este punto de la discusión que “el problema que el proceso penal ha de resolver, consiste en compatibilizar la pena (esa intrusión violenta en la vida de un ser humano) con la idea de igualdad y de libertad”⁵³. A su vez, esta doble finalidad del proceso penal a la que hace alusión el rector Peña, es una noción que fue evidenciada desde mediados del siglo XIX por Karl Mittermaier, quien enfatizó como vital construir un ordenamiento punitivo que “garantizara los intereses de la sociedad en la misma medida que los intereses de la

⁵² FOUCAULT. Ob. cit. en n. 29, p. 47.

⁵³ PEÑA. Ob. cit. en n. 39.

libertad individual, generando seguridad en todos los buenos ciudadanos, al mismo tiempo, que inspirando un terror saludable a todos los enemigos del orden público.”⁵⁴

Sin embargo, los dos componentes mencionados no actúan armónicamente, sino que están en constante lucha por imponerse uno sobre otro, y justamente es el sistema penal, el que se posiciona al medio de ambos elementos en tensión, optando por el que le parece más adecuado según el modelo imperante. Así, de un lado se encuentra la defensa de los “bienes esenciales, que precisamente por serlo, obtienen esta protección cualificada que representa el derecho penal y el proceso a través del cual éste se realiza, y que justifica, a su vez, intromisiones singularmente relevantes por parte del Estado. Y, de otra, simultáneamente y tensionando en dirección opuesta, las limitaciones así acreditadas cuando afectan a derechos fundamentales, que debido a su gran pretensión de validez reclaman la utilización de criterios singularmente estrictos a la hora de valorar las medidas restrictivas, a la par que imponen a los poderes públicos una gran medida en su limitación.”⁵⁵

Trasladando lo expuesto a nuestro entorno más inmediato, es interesante mencionar que el actual Presidente de Chile tenía entre sus eslóganes más emblemáticos de campaña los referentes a la lucha contra la delincuencia, lo que involucraba indirectamente mejorar la eficacia de la respuesta punitiva.

Precisamente en el año 2009, en ese momento el candidato de la Alianza, declamaba en su propaganda electoral que “se les va a acabar la fiesta a los delincuentes”, pues su administración iba a declararle “la guerra a los criminales”. En suma, Piñera quería ser el Presidente que le ganó el combate a la delincuencia.

No obstante, una vez en el cargo se percata que no es cuestión de instalar unas cuantas cárceles y concesionar otras más, para terminar con los delitos, porque está demostrado que aumentando la punibilidad, o sea, incrementando las penas no se elimina la criminalidad, ya que la delincuencia es una problemática múltiple que conlleva transformaciones profundas si se quiere hacer un cambio real. De allí que

⁵⁴ BINDER. Ob. cit. en n.37, p. 56.

⁵⁵ ARMENTA Deu, Teresa. La verdad en el filo de la navaja, nuevas tendencias en materia de prueba ilícita [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art14.pdf>> [consulta: 29 julio 2011]

resulte demagógico postular solucionar esta compleja temática a corto plazo con “recetas mágicas”.

Así que a comienzos de julio del año 2011, aminora su mensaje reconociendo que tal vez nunca le gane la batalla a la delincuencia. Y días después, específicamente el 18 de julio en el discurso de cambio de gabinete, cuando sacó a Felipe Bulnes de la cartera de justicia y dejó en su lugar a Teodoro Ribera, explicita que las preocupaciones del nuevo ministro debían centrarse en avanzar a una sociedad justa, que en sus términos significa, “justicia oportuna y eficaz para todos y cada uno de los chilenos con paz y tranquilidad social”.

De esta forma, el gobierno instaura la eficacia como meta a seguir en el Ministerio de Justicia, para satisfacer las quejas que exhortan a terminar con la denominada puerta giratoria en materia criminal.

En efecto, el Mandatario acentúa uno de los dos aspectos que están detrás del ordenamiento punitivo, dejando de lado el componente de garantía que debe asegurar todo proceso penal democrático que se vanaglorie de tal. Si se es crédulo, esta omisión se entenderá como un mera inadvertencia de parte del Ejecutivo, pero si se deja la ingenuidad de lado, este olvido será consistente con el deseo que tiene el Presidente de no seguir bajando, aún más en las encuestas de opinión pública.⁵⁶

⁵⁶ En este punto, es importante dejar en claro que si bien Chile ocupa el último lugar a nivel latinoamericano de identificación partidaria, no es porque a las personas no les interese la política, sino que no les parece atractiva la forma de gobernar donde se excluyen las demandas ciudadanas. Así, la mayoría de la población chilena no se siente identificada con un partido político, porque no encuentra en éstos, respuestas a sus intereses y anhelos. Al contrario, de lo que Neruda halló en el suyo, lo que se manifiesta claramente en su poema “A mi partido”, en donde expresa lo que sigue: “Me has dado la fraternidad hacia el que no conozco. /Me has agregado la fuerza de todos los que viven. /Me has vuelto a dar la patria como en un nacimiento. /Me has dado la libertad que no tiene el solitario. /Me enseñaste a encender la bondad, como el fuego. /Me diste la rectitud que necesita el árbol. /Me enseñaste a ver la unidad y la diferencia de los hombres. /Me mostraste cómo el dolor de un ser ha muerto en la victoria de todos. /Me enseñaste a dormir en las camas duras de mis hermanos. /Me hiciste construir sobre la realidad como una roca. /Me hiciste adversario del malvado y muro del frenético. /Me has hecho ver la claridad del mundo y la posibilidad de la alegría. /Me has hecho indestructible porque contigo no termino en mí mismo”. Neruda, Pablo. Canto General. Barcelona, Orbis, 1950, p. 418.

Esta pretensión de parte del gobierno, resulta razonable si se tiene a la vista la continua baja de apoyo ciudadano que el oficialismo ha tenido en este último periodo, pero al mismo tiempo no deja de ser complejo si se considera que para lograr su cometido, el Ejecutivo le da preponderancia a una meta del proceso penal por sobre otras.

Justamente, es en esta dinámica de la política nacional⁵⁷ donde se trasluce con mayor claridad la tensión que se genera entre las distintas finalidades existentes en el proceso penal. Particularmente en el caso chileno, la tensión se acrecienta debido a que actualmente hay una mayor inseguridad ciudadana, que conduce a una flexibilización en las garantías y a un endurecimiento en la persecución del delito.

Esta dinámica, es fruto de lo que la española Teresa Armenta Deu denomina “efectos pendulares de la justicia”, que consisten básicamente que en etapas de más incidencia mediática respecto a la inseguridad ciudadana se inclina la balanza aumentando la persecución; mientras que cuando la sensación es inversa, se presenta

⁵⁷ Es primordial comprender que esta problemática no es exclusiva del gobierno actual, sino más bien es una deuda histórica que ha tenido y aún sigue teniendo la política con la ciudadanía. Por eso constituye un problema sistemático, que ahora se ha agudizado por la poca o nula representatividad de la clase política, así ha eclosionado en un descontento masivo de la sociedad que se manifiesta en grandes protestas callejeras que llaman a cambiar un sistema que se percibe como inequitativo y discriminador. Este fenómeno se produce, pues la democracia representativa, únicamente simboliza a unos pocos, y además porque la gente se ha hecho consciente de sus derechos (más del 75% -según encuesta del año 2011- siente que están siendo pisoteadas sus garantías y que las instituciones llamadas a protegerlas no están haciendo su trabajo).

Primero fueron los denominados “pingüinos”, ahora son los universitarios y profesores, quienes representan las voces de este movimiento que exige, en resumidas cuentas, que la democracia no sea sólo a nivel de discurso y se plasme en una democracia sólida donde todos tengan derechos y no exclusivamente unos cuantos. Por estas demandas el movimiento actualmente el movimiento se ha ampliado a toda la sociedad en su conjunto.

Ha sido tal el disgusto social y la movilización, que los analistas políticos han designado este fenómeno como “el despertar de la ciudadanía”. Despertar que tomará cada vez más fuerza si continúa este juego perverso donde las demandas chocan con “oídos sordos” por parte de las autoridades.

Para indagar más por este fenómeno ver el artículo La política tradicional y los movimientos ciudadanos de Marcela Baratelli [en línea] <<http://blogs.cooperativa.cl/opinion/marcela-baratelli/20110803073929/la-politica-tradicional-y-los-movimientos-ciudadanos/>> [consulta:3 agosto 2011] o el artículo Poliarquía con mucho, no democracia de Pablo Salvat [en línea] <<http://blogs.cooperativa.cl/justicia/>> [consulta: 3 agosto 2011]

un garantismo más aguzado (por ejemplo como consecuencia de los casos de impunidad en época de dictadura).

Precisamente, lo planteado por esta doctrinaria ibérica se puede ver plasmado en nuestro entorno con los dichos que a principios de julio del año 2011 expresó el diputado Gustavo Hasbún.

Este parlamentario, señaló a la prensa que el juez de garantía que resolvió no dejar en prisión preventiva a un estudiante (que se le imputó tirar una molotov contra un carabinero), era un “descriteriado y cómplice de los delincuentes”.

Estos términos, aparte de estar totalmente fuera de lugar para referirse a un magistrado de la República, demuestran que el parlamentario olvidó que el modelo vigente en Chile establece como principio rector la presunción de inocencia; de ahí que la prisión preventiva sea una medida cautelar personal que deba aplicarse excepcionalmente y no como regla general del sistema penal⁵⁸. Al parecer este diputado también hizo “borrón y cuenta nueva” de Montesquieu y su principio de separación de poderes que rige todo Estado de Derecho. Por eso la postura del congresista aparte de ser errónea, es peligrosa, pues con tal de satisfacer la

⁵⁸ Al respecto también se pronuncia Miguel Otero Lathrop en su carta al director de El Mercurio, titulada “Y se hizo justicia”, del 31 de julio del 2011, en donde sostiene que “el Presidente Piñera sólo hizo lo que la ciudadanía espera del Primer Mandatario: condenar actos criminales e imperdonables”. Así, en el profesor primó su orientación política, olvidando lo que sutilmente apunta el doctrinario español José Calvo en su texto “La verdad, de la verdad judicial, construcción y régimen narrativo”, es decir, que “la presunción de inocencia funciona narrativamente como un instituto que nivela y enrasa la postulación entre las versiones, de acuerdo también con el principio de igualdad procesal según el cual la verdad...como dialógica verdad aún no concluida, ha de amparar toda y cualquier verdad de los hechos, sea quien fuere el sujeto que la postule, sin discriminar por el sujeto que cuenta sino, en último término, por lo cuenta el sujeto” [en línea]<webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/verdadjudicial.pdf> [consulta: 1 agosto 2011]

Asimismo, Otero obvió los resultados del informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile del 2011, de la Universidad Diego Portales, que establecían entre otras cuestiones, que en el país se ha dado una “criminalización de la protesta social y el incumplimiento del respeto de los derechos fundamentales durante las movilizaciones impulsadas desde mayo por los estudiantes. La protesta social y el abuso policial figuran como dos fenómenos contrastantes de una misma realidad que se consolidan como una tendencia en la sociedad chilena” [en línea]<http://www.clarin.com/mundo/gobierno-chileno-quiere-carcel-colegios_0_566343458.html> [consulta: 20 octubre 2011]

inseguridad ocasionaría que el sistema de frenos y contrapesos que funda la institucionalidad se caiga a pedazos, como un castillo de naipes.

Posteriormente, los dichos del parlamentario fueron recogidos por el actual vocero de gobierno, quien el 20 de octubre del año 2011, señaló a la prensa que “vamos a ver qué ocurre en los tribunales porque hasta el momento salen y salen y salen en libertad”. El personero efectuó estas declaraciones, respecto de los detenidos en las marchas, en el contexto del anuncio de la creación de una unidad de seguimiento a los jueces de garantía. Esta polémica medida se adoptó, pues el gobierno considera que en los magistrados, radica la razón de que no prosperen los procesos contra los detenidos. Así, Chadwick argumenta que “tenemos una dificultad importante con los jueces de garantía por la forma en que interpretan la ley y evalúan las pruebas”, por eso “el proyecto de ley que hemos presentado es para que los jueces de garantía puedan actuar como pensamos que debieran actuar”⁵⁹. Lo que demuestra una incomprensión total del sistema democrático y especialmente de la autonomía que debe gozar el Poder Judicial.

Lamentablemente esta errónea dinámica fue recepcionada días después por el ministro de Justicia, quien aseveró que el “gobierno evaluará el criterio de los jueces al decidir su promoción dentro del Poder Judicial”, ya que según Teodoro Ribera, algunos magistrados “muestran un extraño celo en soltar a los detenidos”, así “se producen desbalances importantes en la interpretación...y no se consideran adecuadamente los derechos de la ciudadanía de vivir en paz”. Frente a esta lógica, el presidente de la Corte Suprema, señaló que las declaraciones de Ribera “son preocupantes y sorprendentes, e indirectamente constituyen una presión a los jueces”⁶⁰. A este

⁵⁹ Gobierno apunta a jueces de Garantía y crea unidad de seguimiento, La Segunda, Chile, 20 octubre, 2011 [en línea]<<http://www.lasegunda.com/Noticias/Politica/2011/10/690718/gobierno-apunta-a-jueces-de-garantia-y-crea-unidad-de-seguimiento>> [consulta: 21 octubre 2011] Esta errónea comprensión del Estado de Derecho también es posible vislumbrarla en la propuesta del parlamentario de Renovación Nacional, el diputado Gaspar Rivas, quien presentó en julio del mismo año, un proyecto de ley que consistía básicamente en sancionar las preguntas hostigosas de los periodistas con multas. Iniciativa que fue rechazada por todas las bancadas, pues no se atenia a la idea de democracia que rige Chile, más bien se asimila a regímenes dictatoriales, donde las autoridades desean controlarlo todo.

⁶⁰ En un mismo sentido, se manifestó el presidente de la Asociación Nacional de Magistrados, Leopoldo Llanos, quien criticando las declaraciones del ministro, aseveró en Radio Cooperativa

respecto, se sigue la opinión de Milton Juica, ya que se piensa, al igual que Osvaldo Andrade, que “cuando el ministro de Justicia le dice a los jueces que van a revisar sus fallos para ver si van a promover o no sus ascensos, está diciendo que un poder del Estado interfiere violentamente en otro poder del Estado que es autónomo e independiente”. De este modo se quebranta toda la institucionalidad vigente, puesto que se desconocen los elementos constitutivos de un Estado de Derecho.

Esta profunda incompreensión se agudiza aún más, cuando días después la Unión Demócrata Independiente anuncia un proyecto de ley para acusar constitucionalmente a los jueces de garantía. Según Hasbún, promotor del proyecto, esta iniciativa tiene como objetivo “exigir que puedan ejercer su trabajo protegiendo los derechos de las víctimas y no los derechos de los delincuentes. Esto, porque el legislador gremialista asegura que los jueces están actuando con verdadera desidia y no están impartiendo justicia, ya que a su juicio, no han dictado las sentencias correspondientes a los manifestantes de protestas sociales”.

En respuesta, Leopoldo Llanos sostuvo que estas palabras “reflejan un profundo desconocimiento de cómo opera el sistema procesal penal vigente al pretender hacer creer a la ciudadanía que los jueces actúan discrecionalmente a la hora de decretar una medida de prisión preventiva”⁶¹. Sin duda, se comparte la visión de Llanos, pues se

que “se podría estimar que esto es una suerte de presión o derechamente una intimidación para que los jueces durante su desempeño se guíen por los criterios del Ejecutivo para ser posteriormente nombrados”. Llanos advirtió que nunca antes, “ni siquiera en la época de la dictadura”, se había hecho “este tipo de afirmaciones” [en línea] <<http://noticias.terra.com/crimenes/jueces-denuncian-presiones-de-gobierno-chileno-en-medio-conflicto-estudiantil,ed3b6d7c7e133310VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>> [consulta: 24 octubre 2011] También véase: Advertencia de ministro Ribera a los jueces de garantía abre polémica con la Corte Suprema, *El Mercurio*, Santiago, Chile, 22 octubre, 2011, C-10.

⁶¹ Véase: Jueces califican de gravísimas acusaciones de diputado Hasbún [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/10/23/509403/jueces-califican-de-gravisimas-acusaciones-de-diputado-gustavo-hasbun.html>> [consulta: 24 octubre 2011] Asimismo, arguye Hasbún que los jueces “deben entender que son garantes de nuestro sistema democrático y que en la forma en que ellos están actuando están demostrando con creces que no están cumpliendo con su deber”. Véase en línea <<http://www.eldinamo.cl/2011/10/23/hasbun-anuncia-proyecto-para-acusar-constitucionalmente-a-los-jueces-porque-no-estan-impartiendo-justicia/>> [consulta: 24 octubre 2011]

También véase: interesante comentario del periodista Nibaldo Mosciatti al respecto [en línea] <<http://www.biobiochile.cl/2011/10/24/n-mosciatti-por-criticas-a-jueces-oficialismo-emprende-ofensiva-para-relucir-su-marca-de-dureza.shtml>> [consulta. 25 octubre 2011]

considera que esta lógica carece de toda sensatez, y en fin, demuestra que no existe comprensión alguna del funcionamiento de la democracia y de los poderes del Estado.

Ahora traduciendo la crítica planteada a la discusión teórica principal, es posible percatarse, como apunta Klaus Roxin, que la finalidad del proceso penal conlleva una compleja naturaleza, dada por “la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión. Todas estas exigencias son igualmente significativas para una comunidad organizada desde el punto de vista del Estado de Derecho. Su realización simultánea y su equilibrio en caso de conflicto, constituyen el atractivo y la dificultad de esta rama jurídica”⁶².

Reafirmando lo anterior, Julio Maier asevera que “la génesis histórico-cultural del procedimiento penal provoca ciertos problemas a la hora de determinar sus fines o su sentido: no es posible determinar una meta única a la que se dirija, como conjunto, toda la actividad procesal y tampoco es posible evitar colisiones entre los fines”⁶³.

Por consiguiente, la finalidad del proceso penal no es única, sino que múltiple en el entendido de que pretende tanto el respeto a los derechos individuales, como la efectiva aplicación de la ley penal. Por ello resulta ineludible que el ordenamiento punitivo dé respuestas a ambos requerimientos, en la medida que no sólo debe ser una herramienta de resolución de los conflictos sociales, sino también un instrumento para la protección de los derechos fundamentales, garantizando así la justicia en la aplicación del Derecho con armonía social.

En consecuencia, independientemente de los variados objetivos que debe satisfacer el marco punitivo, el propósito del ordenamiento debe ir más allá de la mera resolución de los conflictos que se generan en la comunidad, debido a que el proceso penal aparte de solucionar controversias, envuelve un propósito mayor, dado por finalidades políticas que aspira satisfacer representadas en la norma.

⁶² ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, 2003, p.4.

⁶³ MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 148.

En este sentido, el proceso criminal esencialmente persigue comprobar la ocurrencia de ciertos sucesos a los que el ordenamiento sujeta determinados efectos normativos. De allí que el rol del sistema penal se cristalice en la aplicación del Derecho, que a su vez, se sujeta a la existencia de determinados hechos que se condicen con lo estatuido en las normas punitivas. Ello, se traduce en que “la realización de la ley penal sustantiva o, en otras palabras, la aplicación de una sanción penal a una persona, supone la verificación previa de la realidad de la producción de los hechos ilícitos individualmente atribuidos”⁶⁴.

Particularmente las representaciones de esos acontecimientos al integrarse al raciocinio jurídico, permiten determinar la aplicación adecuada de las disposiciones legales. Si no fuera así, para las personas no tendrían sentido comportarse según lo dictado por las reglas jurídicas o respetar el ordenamiento jurídico, porque daría lo mismo actuar correctamente si la respuesta del juzgador no se correspondiera con lo acontecido en el plano fáctico.

De este modo queda de manifiesto que “la verdad es un valor receptado por nuestro sistema penal, pues es la misma estructura de las normas penales la que impone que para la aplicación de la sanción es necesaria la comprobación del supuesto empírico contenido en ellas”⁶⁵.

De ahí que si en el ordenamiento nacional se diera la lógica opuesta, surgirían entre otras, las siguientes preguntas ¿cuál sería la motivación para el ciudadano de actuar conforme a las normas estatuidas si la sanción criminal es aleatoria y no se corresponde con la realidad? ¿qué pasaría si el tribunal resolviera sin adecuarse a lo sucedido en la realidad?

Es claro que si el proceso punitivo estuviera estructurado de una manera que no asegurara, aunque sea de modo formal, que la decisión jurídica no será fruto del azar, pocos o nadie, directamente cumplirían el ordenamiento vigente, ya que sería indiferente obrar acorde a la normativa, porque la sanción no pasaría por lo acaecido, sino más bien por una suerte de lotería.

⁶⁴ ANGULO. Ob. cit. en n. 31.

⁶⁵ GUZMÁN. Ob. cit. en n. 26, p.183.

Jordi Ferrer expresa adecuadamente lo precedente, al señalar que “sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Sólo podrá influirse 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”⁶⁶.

Por eso, es fundamental que el sistema jurídico instituya como objetivo principal en el ámbito punitivo la averiguación de la verdad de los hechos, en el sentido de que las decisiones judiciales se correspondan con lo ocurrido y lo probado, para satisfacer el ideal de justicia que anhela todo Estado de Derecho que se defina dentro del marco democrático. Por lo tanto, y siguiendo a Cafferata Nores, “el criterio de verdad constituye un requisito *sine qua non* cuando se trata de la imposición de una pena por la comisión de un delito: sólo será legítimo penar al culpable verdadero luego de que su culpabilidad haya sido plenamente acreditada”⁶⁷.

En consecuencia, lo esencial del proceso punitivo está dado porque las personas tengan la posibilidad y el derecho de demostrar la verdad de los hechos en los que envuelve su pretensión procesal. En otras palabras, “el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y, una adecuada seguridad jurídica.”⁶⁸.

⁶⁶ FERRER Beltrán, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2007, p.30.

⁶⁷ CAFFERATA Nores, José. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 58.

⁶⁸ FERRER Beltrán, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales, en Jueces para la Democracia, n° 47, julio 2003, p. 28.

CAPÍTULO III.

LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD COMO FINALIDAD DEL PROCESO PENAL CHILENO.

1. Cuestiones preliminares.

Para poder determinar la finalidad que persigue el proceso punitivo nacional, es menester comprender a priori la dinámica en la cual se sitúa el ordenamiento jurídico chileno, como mecanismo de atribución de responsabilidad a los individuos, frente a ciertas acciones u omisiones que la ley estipula como sancionables. Particularmente en el sentido de que no se debe olvidar lo que implica, al final de cuentas el proceso penal, en cuanto “el poder penal es poder puro y simple que se manifiesta al ser humano de la manera más drástica, como es el poder encerrarlo por buena parte de su vida en base a la decisión de otro ser humano... el modo como el Estado haga uso del poder penal es uno de los indicadores más precisos de la profundidad del sistema democrático en una sociedad y el grado de respeto a la dignidad de todas las personas que es la base esencial del concepto democrático”⁶⁹.

En otros términos, cuando se analiza la finalidad del proceso penal se debe tener en cuenta la importancia que conlleva el resultado del proceso punitivo, es decir, se debe considerar la radicalidad que envuelve la sentencia, no sólo para los intervinientes o el individuo directamente afectado, sino para el Derecho como sistema normativo que busca regular los comportamientos en la sociedad de modo coherente. Y en ese

⁶⁹ BINDER, Alberto. Política criminal. De la formulación a la praxis. Buenos Aires, Ad-hoc 1997, p. 45.

intento, el sistema judicial debe actuar adecuadamente, de forma tal, que el proceso sea congruente con las exigencias de un Estado de Derecho, porque lo que está en juego aquí no es baladí, sino de suma importancia, si se considera que constituyen presupuestos fundamentales para construir una sociedad democrática.

Por lo tanto, en este punto se hace primordial comprender el proceso de modo amplio, concibiendo que el ordenamiento punitivo se inserta en una problemática mayor que la meramente normativa, involucrando al fin de cuentas el cómo decide la sociedad construirse, por qué normas regirse, que será sustentado como legítimo y que será rechazado como tal.

De esta manera, el proceso penal deja de ser una discusión exclusiva de los teóricos jurídicos, para pasar a constituir un debate que envuelve a los doctrinarios de las demás áreas de las ciencias sociales, en el entendido de que implica un mecanismo que no sólo compete a quienes hayan violado la normativa legal estatuida, sino también y más cotidianamente, a todos los sujetos que conforman la sociedad. Por lo mismo, el reflexionar acerca del objetivo del proceso penal no únicamente debe satisfacer las metas internas de coherencia que el Derecho como sistema normativo exige, sino también debe responder adecuadamente a un Estado que se condiga con una democracia real, y no sólo de discurso.

En un sentido similar, se manifiesta el profesor norteamericano Paul Kahn, al subrayar que la normativa legal no siempre se encuentra constituida por reglas racionalmente justas, aunque éstas estén por sobre las otras normas morales que apelan tener una base racional. Por consiguiente, para este teórico “los ordenamientos jurídicos exitosos impulsan las normas que la comunidad ve que ella misma ha escogido. Estas son normas en que ha invertido su voluntad soberana. El Estado de Derecho depende de la existencia de una comunidad que se percibe a sí misma en y a través del Derecho”⁷⁰.

Ahora si se traslada esta exigencia democrática a la situación en que se encuentra actualmente el ordenamiento nacional, se percatará que en esta materia existe una

⁷⁰ KAHN, Paul. El derecho internacional y la comunidad. SELA, 2000, p. 76.

gran deuda en relación al cometido exigido, en la medida que la esencia de la Constitución chilena “es antidemocrática y se fundamenta en el desprecio a la soberanía popular, inspirando leyes políticas y sistemas electorales que actúan como jaulas de hierro weberianas, imposibilitando la renovación de los cuadros políticos, la participación popular en las decisiones nacionales...En nuestro país los conflictos de interés y el divorcio entre la ética y la política han convertido a la democracia, tan difícilmente conquistada, en una verdadera burla a la soberanía popular”⁷¹.

Ante esta disociación más que evidente, a mediados del año 2011, Sebastián Piñera, en el discurso presidencial que diera por el aniversario del diario “La Segunda”, afirma literalmente que “requerimos una democracia más vital, más legítima, más participativa, en que la ciudadanía se sienta más incorporada, porque de lo contrario ese divorcio entre la política y la ciudadanía puede convocar en problemas de gran magnitud no solamente para los políticos, sino que para la sociedad entera”⁷²

Por lo mismo, en vista de la precaria legitimidad del sistema vigente en Chile, el analista político Sergio Muñoz apunta que concretamente como nación, entre muchas otras metas pendientes, “necesitamos fortalecer la presencia ciudadana en todos los ámbitos. Que los partidos jueguen un rol de orientación de los ciudadanos, que el Congreso legisle eficazmente, que todas las instituciones se oxigenen y sean capaces de impulsar las reformas que han madurado...En suma, necesitamos una democracia más viva, más receptiva y por supuesto más eficiente”⁷³.

Recogiendo estos requerimientos, específicamente en la tarea de administrar justicia, se manifiesta el Ministerio del ramo al delimitar los objetivos de la reforma al sistema punitivo, publicando en su página institucional en internet que “actualmente la sociedad chilena requiere de una justicia que resuelva en forma eficiente, transparente, imparcial, accesible y con respeto a los derechos fundamentales los conflictos sociales. En este marco, la Reforma Procesal Penal, tiene por objeto concretar dichos ideales, a

⁷¹ GUMUCIO Rivas, Rafael Luis. Democracia sin ciudadanía [en línea] <<http://www.elciudadano.cl/2011/08/04/democracia-sin-ciudadania/>> [consulta: 5 agosto 2011]

⁷² *La Segunda*, Santiago, Chile, 29 julio 2011.

⁷³ MUÑOZ, Sergio. ¿Está en peligro la estabilidad institucional? [en línea] <<http://blogs.cooperativa.cl/opinion/sergio-munoz/20110805080107/%C2%BFesta-en-peligro-la-estabilidad-institucional/>> [consulta: 5 agosto 2011]

saber, aplicar de la forma más eficiente el poder punitivo del Estado, asegurando a su vez, las garantías necesarias para que como individuos podamos protegernos frente al ejercicio de este poder”⁷⁴.

En una posición similar, ahora eso sí desde una vertiente de lo que procura la reforma en el ordenamiento interno, se expresa el rector Peña en su artículo “Los Derechos Humanos en el nuevo procedimiento penal”, al caracterizar al nuevo modelo patrio, manifestando que “se trata no sólo de un sistema que procura insistentemente desvincular la verdad respecto del poder, sino de un modelo que aspira a algo aún más profundo y todavía más revolucionario, a saber, a democratizar la verdad, es decir, a juzgar en base a criterios y razones que no se mantienen en las penumbras, sino que subyacen en la racionalidad de la que todos participamos por igual”.⁷⁵

No se puede negar, por lo menos a primera vista, que las intenciones por parte del organismo encargado de velar por la administración de justicia son positivas, ni tampoco se puede desmentir que por el lado de la doctrina nacional, existen grandes expectativas puestas en el nuevo sistema punitivo, hasta el punto de catalogar las aspiraciones como revolucionarias en la materia. De ahí que concretamente, en este capítulo de la memoria, se analizará si el nuevo modelo patrio satisface adecuadamente las expectativas que genera, considerando como base la indagación de la verdad y teniendo en cuenta las limitaciones existentes en el proceso criminal, entre otros factores que resultan relevantes en este contexto.

⁷⁴ Antecedentes y objetivos de la Reforma Procesal Penal [en línea] <<http://web.minjusticia.cl/rpp/antecedentes.php>> [consulta: 2 agosto 2011]

⁷⁵ PEÑA, Carlos. Ob. cit. en n. 39.

2. Finalidad del proceso penal chileno.

Ahora que se contextualizó la amplitud de la problemática, se hace vital dar una respuesta apropiada a la interrogante que reza ¿qué finalidad persigue el proceso punitivo chileno?

Si bien se percata que ya se analizó el propósito que debe perseguir el sistema punitivo, lo que en este subcapítulo del trabajo se examinará es distinto, ya que se dejará de lado el plano del deber ser, para concentrarse particularmente en cómo se manifiesta este requerimiento en el sistema penal patrio; considerando si lo que se postula a nivel teórico se corresponde con las estructuras que se fijan de modo macro y con los procedimientos específicos que dan vida al proceso criminal.

Para cumplir lo propuesto, lo primero será determinar si es cierto lo que sostiene un sector importante de la doctrina, esto es, si realmente la indagación de la verdad constituye el objetivo institucional del proceso penal; o los teóricos han equivocado su rumbo si se considera que las restricciones son de tal magnitud que la finalidad del ordenamiento se construye más bien a partir del cumplimiento de la normativa estatuida, y no sólo eso, sino también si de la misma naturaleza del proceso penal se desprende que el objetivo de éste se satisface con el respeto de las garantías fijadas por el ordenamiento jurídico.

Sin duda, estas problemáticas han estado planteadas hace largo tiempo en el tapete de los estudiosos, sin encontrar una respuesta definitiva hasta hoy en día. Así que para no pecar de soberbia, lo que se buscará en este apartado de la tesis será dar a conocer las posturas existentes en la disciplina, optando por la que resulte más adecuada al carácter del proceso penal y a los requerimientos de un Estado de Derecho.

Al respecto, existen variados pensamientos en la materia, por ejemplo, en primer lugar, se encuentra la posición que asume que la función del proceso penal es solucionar los conflictos sociales; de este modo, se opone a la idea de que el ordenamiento se encamine a la indagación de la verdad de los acontecimientos; es

tanto así que consideran que esa búsqueda constituye un escollo a la finalidad del procedimiento judicial, que no sería otra que la de terminar con las controversias existentes en la sociedad.

Desde otra perspectiva se instala Andrés Fuchs, al argüir que es incorrecto “entender que el fin del proceso penal sea la averiguación de la verdad, y nos parece en cambio que el fin del proceso penal es la irrestricta aplicación del principio de legalidad y el control de las garantías. Así las cosas, sostenemos que el proceso penal más que un fin epistemológico de conocer la verdad de lo sucedido, debe necesariamente tener un fin normativo en orden a hacer respetar y cumplir las garantías propias de este proceso”⁷⁶. Esto, se postula en cuanto que las garantías no serían otra cuestión que “las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con la estipulación constitucional”⁷⁷.

En efecto, desde la perspectiva de Fuchs el sistema punitivo tiene como objetivo velar por la correcta aplicación de las garantías, lo cual según su opinión, no sería per se negativo, pues lo entiende como parte de que la libertad sería un valor que primaría frente a la verdad. Así, desde este enfoque, el ordenamiento punitivo mas allá de conocer la verdad de lo acontecido, persigue que las normas establecidas sean respetadas, en tanto que su adecuada aplicación implica la construcción de un sistema que reconoce y valora la libertad de las personas, al instituir como objetivo del ordenamiento jurídico, la protección de las garantías fundamentales. Asimismo esta posición considera que a diferencia de lo que ocurría antes, hoy en día no es posible afirmar que el proceso penal esté orientado a la indagación de la verdad, como sí lo está su contrario, el proceso civil.

Esta alteración en los sistemas, según Michelle Taruffo, responde a la incorporación de la presunción de inocencia como criterio rector en el ámbito punitivo. De allí que, ahora más que buscar la verdad de los hechos a través de las pruebas, lo que se

⁷⁶ FUCHS. Ob. cit. en n. 45, p. 20.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías, La ley del más débil. Madrid, Trotta, 2001, p. 25.

configura en la esfera penal es un proceso encaminado a hacer factible la defensa del imputado; de modo tal, que en virtud de la presunción de inocencia, pueda determinarse si las pruebas de la acusación resultan suficientes o no para vencer esta garantía esencial. De esta forma, la referida postura se sustenta en la premisa de que la justicia de las decisiones judiciales se encuentra en su legalidad. La cual, según Maximiliano Hairabedián, “debe ser defendida por encima de la verdad real, porque esta verdad real debe ser antes una verdad legal. Eso no es tecnicismo jurídico, ni irrealdad, sino la única forma de preservar la República”⁷⁸.

Por consiguiente esta concepción, asentada en el resguardo del sistema, deja la verdad en un plano secundario dentro de las metas a alcanzar por parte del proceso penal, en el entendido de que el objetivo en el ámbito criminal se satisface entregando resoluciones que sean normativamente adecuadas. En suma, para este pensamiento “la verdad ya no es un fin en sí mismo, sino que representa solamente una condición necesaria para la aplicación de una condena. Esto es lo que impone la adopción de un modelo garantista del proceso penal”⁷⁹.

Sin embargo, la postura precedentemente expuesta no es unánimemente la concepción compartida por la doctrina, ya que existe otro sector de los estudiosos que estima que la indagación de la verdad constituye la finalidad institucional que debe perseguir el proceso penal para establecerse como sistema acorde a la justicia.

Así, en contraposición a la denominada postura legalista, existe un pensamiento que instala la correspondencia con lo fáctico en un plano central del debate, pues piensan que la noción de la verdad se encuentra ligada invariablemente a la justicia de la decisión; en el sentido de que la resolución judicial será considerada justa desde una mirada sustancial, únicamente si es fruto de la adecuada “aplicación de la regla de derecho que regula el caso concreto.

En definitiva, la aplicación de la regla de derecho al caso concreto es correcta si y sólo si: la norma es adecuada al caso y ha sido interpretada correctamente y los

⁷⁸ HAIRABEDIAN, Maximiliano. Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 26.

⁷⁹ GUZMÁN. Ob. cit. en n. 26, p. 37.

hechos del caso han sido constatados de forma verdadera⁸⁰. Ergo, esta posición se fundamenta en la idea que la verdad de los enunciados que quedan fijados en las decisiones judiciales constituye un requisito imprescindible de su justicia, y de esa forma, le otorgan a la verdad un valor cardinal en el proceso penal.

Asimismo, creen que “por el contrario, quienes consideran que la función del proceso es conseguir la aplicación de la ley, la realización del derecho y la garantía efectiva de los derechos individuales y colectivos, tienden a concebir la comprobación de la verdad de los hechos como un objetivo o un valor instrumental, que en lo posible debe ser perseguido con el objeto de realizar el fin principal del proceso que no es otro que el de formular decisiones jurídicamente correctas”⁸¹.

Entonces, de lo visto se percata que la problemática no reside en la importancia que tiene la indagación de la verdad en el ámbito punitivo, ya que al respecto existe consenso entre los teóricos de la materia sobre su relevancia al aplicar una condena. Lo central del asunto y donde no hay acuerdo, es si esta búsqueda constituye la finalidad del proceso penal.

Para un sector de la doctrina el ordenamiento criminal se satisface con el cumplimiento de las normas, porque la naturaleza misma del proceso penal conlleva una finalidad normativa que no se condice necesariamente con lo epistemológico, sino más bien con el respeto de las garantías. Mientras que otro segmento de los académicos, cree que el proceso debe ir más allá y perseguir la indagación de la verdad, en la medida que ésta constituye un valor primordial, el cual debe ser atendido en la esfera penal como un propósito fundamental. Esto, se establece en tanto no resulta posible cumplir adecuadamente el ordenamiento, si la decisión judicial no es fruto de un proceso que busque indagar por lo acontecido y base su resolución en lo sucedido en la realidad.

Particularmente esta última concepción, considera que “dado que aplicar el derecho correctamente consiste en comprobar si se ha producido el supuesto de hecho de la norma y extraer la consecuencia jurídica prevista en ella, entonces la justificación de

⁸⁰ TARUFFO. Ob. cit. en n. 28, p. 112.

⁸¹ *Ibíd.*, p.110.

las decisiones judiciales parece tener como condición necesaria la verdad (o al menos, una aproximación a la verdad) de los enunciados que la fundamentan⁸², porque para que el ordenamiento criminal finalice en una resolución que se designe como justa, forzosamente, debe asentarse en una concepción de justicia que valore a la verdad como un presupuesto ineludible del proceso punitivo.

En un sentido similar, se manifiesta Jordi Ferrer en su libro denominado “La valoración racional de la prueba”, al postular que la búsqueda de la verdad es un objetivo que no presenta la misma posición que los demás fines del proceso, porque la finalidad institucional de la prueba en el sistema punitivo es la indagación de la verdad. Lo anterior, según el teórico no podría ser de otro modo, ya que esa finalidad es estructuralmente necesaria para que el Derecho funcione como mecanismo de motivación de la conducta de los ciudadanos. Así por ejemplo, si el ordenamiento desea que las personas no se maten, sólo cumplirá su cometido si castiga efectivamente a quien mató a otro, es decir, si la sanción que estipula la normativa por una cierta acción u omisión se corresponde con lo que se estableció en la realidad.

En otras palabras, únicamente si las consecuencias normativas establecidas por el sistema jurídico para ciertos actos se aplican efectivamente a esos hechos, las personas estarán motivadas a comportarse según lo estatuido en el ordenamiento, y de esta forma el Derecho podrá satisfacer su rol como aparato de resolución de conflictos. Y no sólo logrará alcanzar su congruencia interna, fundamental para su existencia como mecanismo coherente, sino al mismo tiempo cumplirá con su cometido como herramienta al servicio de la sociedad.

Específicamente, por este carácter que va más allá del ámbito normativo, Julio Maier postula que “se trata de un problema político, orientado por el fin que perseguimos, el de las fronteras que trazamos para nuestra averiguación y nuestro conocimiento...En derecho penal y en nuestro sistema jurídico esa decisión política es

⁸² *Ibíd.*, p. 20.

tomada por quien legisla, reduciendo así el panorama de lo que interesa conocer en un procedimiento penal; más allá de ello, de lo que podemos, legítimamente conocer.”⁸³

De todos modos, independiente de que el rango se restrinja como apunta correctamente el doctrinario trasandino, se mantiene lo esencial de la problemática, que consiste en decidir si como sociedad se está dispuesto a que el proceso criminal no se oriente a la búsqueda de la verdad.

Se sabe que una postura estima que la indagación de la verdad es el objetivo que debería satisfacer el ámbito penal, por la legitimidad que requiere la sentencia frente a la sociedad y por la coherencia que requiere el Derecho, como mecanismo de atribución de responsabilidades y como normativa motivadora de conductas; de allí que esta concepción postule que no es posible condenar a un individuo sin perseguir como meta que el resultado se corresponda a la realidad.

No obstante, al mismo tiempo, no es posible olvidar que “la operación normal de un procedimiento penal que trate a los individuos como fines y no como medios, es decir: que no decida estratégicamente sobre su libertad, generará controversias en casos concretos. Esto es simplemente otra forma de decir: la jurisdicción, especialmente la penal, es altamente improbable”⁸⁴. Por lo mismo, el proceso punitivo no puede asegurar que en todos los casos se entregará una respuesta que sea adecuada a lo sucedido, eso sí lo que puede y debe garantizar es que se estructurará de tal modo que tienda a que la decisión se corresponda con lo acaecido, de forma tal que la respuesta sea fruto de una construcción racional que propenda a la verdad.

Entonces, ahora surge la problemática de que si bien “el procedimiento se ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, parece imposible diseñar normas jurídicas tales que conduzcan siempre al resultado correcto. El problema

⁸³ MAIER. Ob. cit. en n. 10, p. 578.

⁸⁴ ATRIA Lemaitre, Fernando. La jurisdicción, apuntes de clases, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, p. 222.

radica, entonces, en la posibilidad de que las sentencias judiciales no reflejen la verdad fáctica.”⁸⁵

Al respecto, Carlos Alchorrón y Eugenio Bulygin otorgan una respuesta sensata al dilema planteado, al aclarar que “un fracaso en la determinación de la verdad, mientras sea excepcional. No invalida la decisión del juez, que es considerada válida y produce por ende todos sus efectos jurídicos. Este es el precio que el derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad y de la paz social, esto es, poder resolver los conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales. Pero si los jueces basaran sus decisiones como regla en enunciados empíricos falsos, todo el sistema de derecho se subvertiría.”⁸⁶

Por lo tanto, consciente de los argumentos precedentemente esgrimidos, se admite que la indagación de la verdad resulta clave en el proceso penal, no únicamente para entregar una respuesta dotada de racionalidad a las personas, sino también para establecer al Derecho y al proceso penal en sí, como mecanismo coherente con la democracia. Sin embargo, la búsqueda y el aseguramiento de la verdad no pasan por la indagación de ésta a toda costa, sino por estatuir normas que garanticen un proceso donde este valor será reconocido; y resguardar aquello a través de normativa que se corresponda con el debido proceso. Al final de cuentas, como afirma Nicolás Guzmán en su obra “La verdad en el proceso penal”, “la cuestión no es establecer si el proceso puede proponer la averiguación de la verdad, sino directamente debe tender a dicho fin”⁸⁷. Ello, no implica dejar de lado la legalidad como una finalidad esencial del proceso penal, sino entenderla como el sustrato que posibilita el respeto de las garantías y al mismo tiempo de la verdad.

En un sentido similar, se pronuncia la profesora María Inés Horvitz al caracterizar al proceso penal como un “genuino mecanismo de legitimación retrospectiva del conflicto concreto y de su solución. La decisión se legitima retrospectivamente si y sólo si ella se

⁸⁵ BOUZAT, Andrés y CANTARO, Alejandro. Verdad y prueba en el proceso acusatorio. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía (3):67-80, p.70.

⁸⁶ ALCHORRÓN y BULYGIN. Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico. Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, p. 249.

⁸⁷ GUZMÁN, Ob. cit. en n. 26, p. 21.

ajusta a la convención legal que establece con exactitud que hechos deben considerarse como delito...un modelo penal garantista exige, tanto en el plano epistemológico como político, que la legitimidad de las decisiones penales se condicione a la verdad empírica de sus motivaciones, en el sentido de correspondencia lo más aproximada posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados”.⁸⁸

En conclusión, cuando se habla de la finalidad del proceso punitivo, inevitablemente hay que considerar la naturaleza pública del derecho penal y la necesidad que tiene el Derecho en sí mismo, de constituirse en motivador de las conductas de los individuos. Entendiendo que la legitimidad del proceso y la racionalidad de la decisión judicial deben ser cuestiones inherentes al ordenamiento nacional, pues no es posible denominarse modelo penal garantista si no se construye un sistema que responda, a la vez y de modo equilibrado, a la estricta aplicación de la normativa punitiva, resolviendo los conflictos sociales, protegiendo las garantías de las personas y correspondiéndose lo más posible con los hechos que se subsumen en la normativa. De esta manera se logrará, o se pretenderá genuinamente, alcanzar la justicia que demanda constantemente la sociedad, sin dejar de lado la coherencia; tan vital en un proceso penal que busca ser acorde a un Estado de Derecho.

3. Limitaciones a la búsqueda de la verdad.

Una vez entendida que la averiguación de la verdad es esencial en el contexto punitivo, se requiere determinar en qué medida se establece esta indagación en la esfera penal. Para lo cual en el subcapítulo de la memoria se plantearán las restricciones existentes en el proceso punitivo nacional, sin el ánimo de realizar un

⁸⁸ HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 25.

estudio a cabalidad, sino de establecer a través de algunas limitaciones, como se configura en el modelo patrio de modo general, el propósito de pesquisar la verdad.

Como se examinó, el sistema inquisitivo orientado a la verdad material envolvía una suerte de verdad a cualquier precio, lo que entraba en pugna con las garantías individuales. Es básicamente, en base a la protección de los derechos de las personas, que se sustituye el referido modelo por el sistema acusatorio. Eso sí, el reemplazo tiene un costo que se manifiesta en negarse a alcanzar siempre, y en todo caso, la verdad. Por eso ahora la indagación de la verdad “como base para la administración de la justicia penal, constituye una meta general de procedimiento, pero ella cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual, que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto del Estado de Derecho.”⁸⁹

En otros términos, “desde que se reformó el procedimiento inquisitivo y se aceptó, políticamente, que a pesar de que el procedimiento penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad, él constituye un método reglado-no libre para arribar a ese fin, con lo que se excluyeron, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad, debido a principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre”.⁹⁰

Negar que el cambio de paradigma acarrea un proceso que excluye ciertos mecanismos de reconstrucción de la verdad histórica, resulta una posición un tanto ingenua, pues si la sentencia requiriera siempre la constatación de una verdad material a cualquier precio, lo más funcional sería un sistema absolutamente inquisitivo con mayores potestades y libertades del órgano persecutor en desmedro de las garantías. Así un Ministerio Público omnipotente probablemente sería más utilitario a la búsqueda de la verdad.

No obstante, esta libertad en la indagación y amplitud de facultades que debería establecerse en el proceso penal si se persiguiera la verdad a cualquier precio, dista mucho de lo que acontece en el sistema penal chileno, que establece limitaciones al

⁸⁹ MAIER. Ob. cit. en n.10, p. 433.

⁹⁰ *Ibíd.*, p.470.

actuar de los diferentes órganos que intervienen en el proceso punitivo, al encontrarse regido por una lógica de respeto a las garantías fundamentales.

De esta forma, se sujeta el alcance de la verdad sobre el acontecimiento sancionable al respeto de otros bienes que deben protegerse igualmente por el ordenamiento. Por ello, garantías tales como la presunción de inocencia, la dignidad del imputado, el derecho de defensa (que tienen todas las personas por el hecho de ser individuos), el resguardo de la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, entre otros, constituyen valores que se resguardan por el sistema jurídico; en la medida que son intereses que responden a ciertas aspiraciones que resultan legítimas de esperar que un ordenamiento penal satisfaga, y que por ende, no pueden ser pasados a llevar por la necesidad de pesquisar la verdad.

Por consiguiente, no constituyen simplemente límites a la verdad, sino más bien se trata de presupuestos ineludibles del sistema jurídico. Es decir, “los límites impuestos por la aplicación de las garantías no representan sólo el reconocimiento de otros valores que deben ser considerados (el respeto a la dignidad humana), sino que, también, son un presupuesto básico del sistema de construcción de la verdad. La limitación, entonces, no existe únicamente para relativizar la necesidad de averiguar la verdad sino, además, para colocar y regular ciertos límites al modo necesario, según el cual, la actividad de las partes contribuye a la construcción de la verdad”⁹¹.

De allí que éstos constituyan presupuestos que se encuentran reconocidos tanto en el CPP, como en la Carta Magna y en los tratados internacionales referentes a la materia.

Específicamente, el CPP en su libro primero resguarda la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la cautela de garantías, como principios básicos del proceso penal. Mientras la Constitución de la República custodia a los mismos en su artículo diecinueve, concretamente en el número tres, titulado “Igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, donde consagra la idea de que el proceso debe ser previo,

⁹¹ BOVINO, Alberto. De la verdadera, no hay derecho, Ingeniería de la verdad, procedimiento penal comparado [en línea] <<http://nohuboderecho2.blogspot.com/2008/12/ingeniera-de-la-verdad.html>> [consulta: 29 julio 2011]

legalmente tramitado y fruto de una investigación racional. También en la misma disposición, eso sí en el numeral cuarto, la Carta Fundamental defiende la honra de las personas; y en el siguiente numeral, estipula la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. Por su parte la Convención Americana de derechos humanos, en su quinta norma, proclama el derecho a la integridad personal; en su octava regla, ampara la presunción entre sus garantías judiciales; y por último lugar, en su artículo once, custodia la protección de la honra y la dignidad de los individuos.

Particularmente en lo que dice relación a la exigencia de resguardar las garantías fundamentales existentes en el proceso penal, la presunción de inocencia se instala como garantía central del ordenamiento punitivo.

Según Ferrajoli se sitúa como una protección a la libertad de quien está siendo imputado en juicio, más que como una garantía de verdad, pues en este punto, no se comprueba la inocencia del imputado, sino la presunción actúa en el sistema punitivo determinando que no existen los elementos necesarios para establecer la responsabilidad penal. He aquí como se entiende que la presunción “no cumple una función (al menos directa) de carácter epistemológico, por cuanto no constituye método alguno para llegar a determinar con precisión la realidad de los hechos enjuiciados. Por el contrario, tiene un sentido práctico que se manifiesta en su 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”⁹².

De este modo, la presunción de inocencia junto con la legalidad, vienen a generar un gran cambio en la materia, sustituyendo la arbitrariedad presente en la indagación criminal por criterios racionales y desechando el abuso de poder existente en esta esfera. Hasta tal punto es la transformación, que Foucault declara que “la indagación es precisamente una forma política, de gestión, de ejercicio del poder que, por medio

⁹² FERNÁNDEZ, Ob. cit. en n.36, p. 226 y 227.

de la institución judicial pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autentificar la verdad"⁹³.

Junto con esta indagación, que según el teórico francés, sería una forma de verificar la verdad a través del proceso, la presunción de inocencia conlleva la exigencia de una actuación sensata al órgano encargado de la persecución, al imponerle el requisito de acusación previa, es decir, al exigirle que éste estipule claramente los hechos que se imputan, y a su vez, que se atenga a las hipótesis normativas. Por ello se entiende que la idea de sujeción a la ley, permite construir un sistema penal que consagre la igualdad entre los intervinientes.

Ahora, la igualdad como uno de los presupuestos básicos del nuevo proceso penal juega con otras herramientas del sistema punitivo, para satisfacer las garantías que son consideradas fundamentales por parte del ordenamiento criminal. De ahí que éstos se encuentren tutelados, porque su respeto es crucial en la construcción de un sistema democrático, y pues como afirma Roxin, el "esclarecimiento de la verdad de los hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal, antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado"⁹⁴.

Entonces los anteriores presupuestos, junto con otros valores como la libertad y la seguridad jurídica, constituyen verdaderas jerarquías que conforman los límites, que en último término, provocan que en variadas ocasiones la verdad de la imputación no pueda ser probada completamente o en parte, en vista de las restricciones fijadas por el legislador. A modo de ejemplo, el solo hecho de que la indagación en el proceso penal se atenga a una cantidad de recursos delimitados, fijos y escasos, trae aparejada la percepción de que la búsqueda de la verdad en la esfera criminal debe atenerse a determinados márgenes. Lo mismo ocurre si se considera que el proceso punitivo se ajusta a ciertos plazos, que se traducen en ceñir la averiguación al periodo estipulado

⁹³ FOUCAULT. Ob. cit. en n. 29, p. 38.

⁹⁴ BELLATI, Carlos. Consideraciones sobre la averiguación de la verdad en la ley de procedimiento nacional [en línea] <<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/laverdad.htm>>[consulta 9 julio 2011]

ex ante por la ley, con independencia de si en ese tiempo se logró un resultado que permita alcanzar o no la verdad.

Esta dinámica que se podría denominar restrictiva, según Carlos Bellatti se atiene a que “si bien es cierto que sobre los jueces existe una presión en orden a que sus decisiones dispongan de un soporte fáctico anclado en cierta medida en la realidad, tal exigencia es más débil de la que existe en otros contextos y ello tiene que ver con la necesidad de otorgar respuestas oportunas que impiden extender las discusiones por largo tiempo, por la necesidad de resguardar ciertos derechos fundamentales y de seguir ciertas formas estandarizadas de procedimiento.”⁹⁵

A su vez, este menor requerimiento de correspondencia que tendría el juzgador penal hace alusión a la clásica relación que efectuó Calamandrei, en su conocida obra “El juez y el historiador”, y que posteriormente, fue examinada por innumerables teóricos.

Específicamente, el autor italiano comparó ambas tareas, en tanto el juez y el historiador cumplen labores que persiguen indagar sobre lo sucedido, o sea, ambos quehaceres buscan averiguar la verdad.

Sin embargo, la actuación de éstos, resulta muy disímil si se considera el grado de conocimiento que se logra, por las diferentes restricciones que tiene cada uno en su trabajo; y no sólo por ello, sino también por la finalidad que envuelve cada tarea en sí misma.

Así, mientras el juez se encuentra restringido por el tiempo, los recursos y las facultades que la ley le otorga, el historiador goza de libertad al no estar condicionado a límites normativos. Además el juzgador debe actuar de modo imparcial entregando siempre una decisión; al contrario de lo que ocurre con el historiador, quien no debe atenerse a la imparcialidad, ni menos, dar en todo caso, una respuesta a la problemática planteada⁹⁶.

⁹⁵ COLOMA. Ob. cit. en n.21.

⁹⁶ Para ver a más a fondo esta dinámica resulta útil el artículo de Luis Genaro Vásquez Rodríguez denominado El problema de la argumentación jurídica en derecho Penal [en línea]

Seguro se podrán encontrar un sin número de semejanzas y de diferencias más entre ambas tareas, lo importante en este punto del análisis, es dejar en claro que la averiguación de la verdad en el ámbito criminal presenta una menor nivel de exigencia si se compara con lo requerido en otros ámbitos de las Ciencias Sociales, puesto que la búsqueda de la verdad debe comprenderse en equilibrio con otros valores igualmente relevantes en el proceso punitivo, como lo son la dignidad de las personas, la igualdad entre los intervinientes, entre otros.

De ahí que en este contexto, Hassemer subraye que en el proceso punitivo “lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas...Sólo un derecho procesal penal aplicado con respeto estricto a sus normas y con sus garantías profundamente enraizadas en la conciencia de los ciudadanos puede impedir que la producción del caso penal signifique también la vulneración de la ley. La formalización de la indagación de la verdad, su obstaculización y limitación por reglas estrictas constituye el ethos propio de producción del caso”.⁹⁷

En un sentido similar, eso sí otorgándole un cariz positivo al formalismo, se pronuncia Luigi Ferrajoli al afirmar que “éste, por lo demás, es el valor y, a la vez, el precio del formalismo: que en el derecho y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo, cuando no es inútil ni vacuo, la libertad de los ciudadanos precisamente contra la introducción de verdades substanciales tan arbitrarias como incontrolables”.⁹⁸

Por consiguiente, las reglas y formalidades más que barreras al logro de la verdad, se erigen como bastiones que posibilitan alcanzar ésta, esto es, como auténticas garantías frente a la arbitrariedad. Lo que sin duda no deja de ser una singularidad, porque lo que se estableció primeramente como límites, luego juega como garantía, al posibilitar un conocimiento más íntegro. De allí que para Perfecto Andrés Ibáñez sea “una paradoja sólo aparente la que justo cuando el proceso penal se pone como

<<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,463,0,0,1,0>> [consulta: 23 agosto 2011]

⁹⁷ MATURANA. Ob. cit. en n. 19, p. 153.

⁹⁸ FERRAJOLI. Ob. cit. en n. 22, p. 45.

objetivo un tipo de verdad en apariencia más débil, es cuando se sitúa en condiciones que le permiten acceder a mejores resultados en el orden del conocimiento.”⁹⁹

Ahora y a modo de resumen, considerando lo precedentemente visto, es posible efectuar una breve enunciación de las limitaciones existentes de la averiguación de la verdad en el proceso punitivo nacional. Lo primero a aclarar, es que en esta síntesis no se van a considerar los límites naturales presentes por el solo hecho de que los juzgadores son seres humanos; ello porque el proceso punitivo al igual que las demás contextos prácticos que averiguan acontecimientos, se establecen desde la consideración de la falibilidad humana. Por ende, las restricciones que provienen por la circunscrita capacidad de conocimiento que presenta el individuo, no únicamente se da en el ámbito jurídico, sino también en las demás áreas del pensamiento.

Esclarecido lo anterior, se debe distinguir aquellas restricciones que persiguen el respeto de valores como la dignidad, la igualdad, la seguridad jurídica y la libertad; de aquellas limitaciones que buscan un objetivo completamente distinto, como lo serían las que incorporan la negociación dentro del ordenamiento penal o procesos disímiles al juicio oral, como el procedimiento abreviado y el juicio simplificado.

Específicamente, dentro del primer grupo de restricciones, se encuentran aquellas que dicen relación con la protección de la dignidad de las personas; de ahí que en ese grupo se congrega toda la normativa relativa al resguardo de los derechos individuales, que propugnan un no a la tortura y a las diversas formas de vejación, y al mismo tiempo, un sí a las garantías de las personas.

Un claro ejemplo de esto son la mencionada presunción de inocencia reconocida en el artículo cuarto del Código del ramo, las disposiciones 93 y 94 de la misma normativa que se refieren a los derechos que tiene el imputado, y el artículo 195 del mismo cuerpo, que regula los métodos prohibidos de investigación o de interrogación.

Éstas, son únicamente algunas de las tantas limitaciones que están presentes en el proceso punitivo, no obstante logran dar una luz sobre la ideología que tiñe la reforma

⁹⁹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza [en línea] <dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2552543&orden=0> [consulta: 29 julio 2011]

procesal penal, esto es, el respeto de la dignidad de las personas, por el solo hecho de ser individuos.

También dentro del primer grupo de restricciones, aparecen las limitaciones que se asocian al resguardo de la libertad, como la facultad de abstenerse de declarar, ya sea por motivos personales o por secreto profesional, estipulada en las disposiciones 302 y 303 del CPP, respectivamente. En síntesis, estas reglas priorizan el mantenimiento de las relaciones familiares y el correcto funcionamiento de la labor de ciertos profesionales, por sobre la averiguación de la verdad.

Además como parte de la primera clase de restricciones, eso sí ahora resguardando la seguridad jurídica¹⁰⁰ se encuentran los diversos límites temporales que fija la ley para los procedimientos normativos; requerimientos que se pueden ver, tanto en la conclusión de una investigación como en el plazo previsto para la lectura del fallo. De este modo concretamente el legislador, establece límites de tiempo que no pueden ser pasados a llevar por los intervinientes en el proceso penal.

En este contexto, por ejemplo, el fiscal cuenta con un máximo de dos años para el cierre de la investigación desde la formalización, en vista del artículo 247 del CPP; y el Tribunal Oral en lo Penal, según la disposición 344 del CPP, debe dictar sentencia dentro de los cinco días siguientes al pronunciamiento sobre absolución o condena.

Éstas, son meras muestras de la dinámica general del proceso, que dejan en claro que si bien a la justicia le interesa que se investigue y que se resuelva respecto de los hechos que tienen relevancia penal, también requiere que la intervención y la decisión judicial sean acordes a un cierto rango de tiempo, restringiendo de esta forma el conocimiento que se pueda alcanzar sobre los sucesos.

¹⁰⁰ Aquí, se debe comprender la seguridad jurídica como la entiende Manuel Atienza, esto es, “la seguridad que nos proporciona el derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta. El derecho debe lograr un mínimo de previsibilidad, de saber a qué atenerse...capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, seguros, los otros valores, esto es, la igualdad y la libertad”, asegurando a todos los humanos el disfrute de las garantías establecidas por la ley. ATIENZA, Manuel. El sentido del derecho. Barcelona, Ariel, 2003, p. 180.

Además de estas restricciones temporales, existen limitaciones que imponen algunas reglas sobre la prueba, que constituyen leyes sustantivas que se erigen como fronteras al conocimiento de la verdad. Un caso paradigmático de estos límites es la prueba ilícita, donde existe una clara renuncia a la verdad, en pos del respeto a las garantías¹⁰¹.

Junto con los límites expuestos, existen restricciones que se configuran por finalidades diversas a las vistas, como lo serían aquellas que buscan descongestionar el sistema punitivo, disminuyendo la excesiva carga laboral, al entregar herramientas que otorgan una pluralidad de respuestas al fenómeno delictivo.

De ahí que, según Rodrigo Coloma “dependiendo del procedimiento que sea seguido en el caso concreto, se verá favorecida la preservación de ciertos valores en detrimento de otros. Unos procesos apuntan a descongestionar un sistema judicial que de otra manera podría colapsar o encarecer excesivamente. En estos casos se ven resguardados, principalmente, valores tales como la autonomía de los individuos y el uso eficiente de los recursos. Asimismo se busca la generación de respuestas consensuadas, estimulando así la pacificación social con el uso eficiente de los recursos.”¹⁰²

Especialmente frente a la necesidad de descargar el sistema penal, se insertan la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el párrafo sexto del segundo libro del CPP. En resumidas cuentas, estos mecanismos resuelven el conflicto, a través de una negociación, sin terminar en la dictación de una sentencia, por lo que se denominan salidas alternativas. De esta forma, “la inevitable tensión entre eficacia y garantías en el proceso penal se resuelve a favor de la eficiencia en cualquier procedimiento negociado: dado que se plantea en primer plano la necesidad de dar respuesta punitiva a la mayor cantidad de casos posibles y, al mismo tiempo, eliminar el cuello de botella que afecta al sistema, el consecuente respeto de las

¹⁰¹ En profundidad, vid. infra capítulo IV, sección quinta denominada: “Límites a la prueba”

¹⁰² COLOMA Correa, Rodrigo [et al]. La prueba en el proceso penal oral. Santiago, Lexis-Nexis, 2003, p. 5.

garantías individuales sólo representa un escollo, un obstáculo para evitar ese funcionamiento deficiente”.¹⁰³

Precisamente, el legislador nacional es consciente de esta importante falencia, como se percata en los dichos de un fiscal, al expresar que “incluso nosotros hemos formalizado y llegado a acuerdo reparatorio o suspensión condicional inmediatamente, sin haber investigado nada”¹⁰⁴.

Independientemente de ello, el legislador patrio prioriza acortar la duración de los procesos, instaurando salidas alternativas frente al aseguramiento de las garantías. Específicamente la primera salida actúa sobre hechos que no constituyen delitos que merezcan pena aflictiva, favoreciendo a los “primerizos”, al evitar la estigmatización que produce la cárcel. De este modo, el legislador aplica el criterio de selectividad y deja la extinción de responsabilidad penal al cumplimiento del acuerdo entre el fiscal y el imputado, en vista de que sea plausible la reinserción social. Por su parte, el segundo mecanismo se inserta en la misma lógica de negociación, pero a diferencia de la suspensión añade la reparación del daño producido a la víctima. En síntesis, los acuerdos reparatorios son convenciones entre la víctima y el imputado para el pago de una indemnización, respecto de bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves o cuasidelitos.

Sin duda estos mecanismos presentan un sin número de particularidades más, las que no se desarrollarán, ya que lo importante en este punto ya se alertó, o sea se comprendió que las salidas alternativas no conllevan renunciar al *ius puniendi*, sino involucran entregar al sistema criminal respuestas diferentes al fallo, racionalizando la administración de justicia, en vista de criterios de selectividad y de lesividad de los bienes jurídicos afectados; generando, al mismo tiempo, la problemática de que cuando la resolución del conflicto de naturaleza penal pasa por la negociación entre los intervinientes, se corre el grave peligro de dejar desprotegidas las garantías fundamentales.

¹⁰³ HORVITZ y LÓPEZ. Ob. cit. en n. 88, p. 514.

¹⁰⁴ BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio: Evaluación de la reforma procesal penal. Estado de una reforma en marcha. Santiago, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2003, p.95.

Por otro lado, se encuentran los procedimientos en que el imputado reconoce la comisión de los hechos con la finalidad de que se le disminuya la pena. Bajo este prisma se instaura el procedimiento abreviado y el simplificado, los que presentan una menor duración de tiempo y un costo más reducido en lo material, al eliminar el juicio oral tal como se conoce. Concretamente según el mensaje del CPP, se trata de procedimientos simplificados “en que por la vía de acuerdo entre los intervinientes se suprimen etapas del curso ordinario del procedimiento de modo que se permita alcanzar una solución rápida del caso por medio de una sentencia definitiva, siempre que ello resulte posible, sin vulnerar los valores que el sistema busca proteger.”¹⁰⁵

En otros términos, estos procedimientos constituirían “una herramienta para realizar uno de los objetivos del proceso penal, cual es el cumplimiento del derecho material a través de la aplicación de la pena, de manera rápida, en aquellos casos que no ofrecen dificultades ni probatorias ni de subsunción en todos sus aspectos. Por otra parte, de esta forma, se respeta, en principio, el otro objetivo del proceso consistente en la averiguación de la verdad, en el estricto marco de la legalidad.”¹⁰⁶

Sin embargo, a pesar de la buena intención del legislador o de la doctrina, esta reducción en los tiempos y del proceso en sí, no es baladí, ya que “la supresión del juicio importa, en verdad, la aniquilación de todo el modelo garantista del derecho penal, que se estructura a partir de principios epistemológicos que, implicados entre sí en la forma de proposiciones condicionales, aseguran la decidibilidad de la verdad procesal, que no es otra cosa que el máximo grado de racionalidad y decidibilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”¹⁰⁷.

El mismo mensaje del Código del ramo reconoce la importancia del juicio oral al concebirlo como el núcleo central de garantías del sistema, que posibilita que se desarrollen las garantías constitucionales, en especial las que dicen relación con la

¹⁰⁵ Código Procesal Penal. Santiago, Editorial Jurídica, p. 21.

¹⁰⁶ FESSIA /RODRÍGUEZ, Algunas consideraciones respecto de los procesos abreviados y su aplicación en la Provincia de Santa Fe. [en línea] <http://www.terragrijurista.com.ar/doctrina/proceso_abrev.htm> [consulta: 29 julio 2011]

¹⁰⁷ DÍAZ Cantón, Fernando, Juicio abreviado versus Estado de derecho [en línea] <www.pensamientopenal.com.ar/01042009/procesal01.pdf> [consulta: 24 agosto 2011]

prueba, como lo sería aquellas que resguardan la oralidad, la intermediación, la publicidad y la contradicción. Así que independientemente de que sólo un porcentaje menor de las causas que ingresan al sistema, lleguen a esta instancia (el 5% aproximadamente)¹⁰⁸, ello no le resta importancia al Juicio Oral como componente fundamental del proceso criminal, puesto que como sutilmente apunta el profesor Fernando Atria “los juicios promueven la deliberación pública de una manera única. La deliberación pública contrarresta las tendencias autoritarias que condujeron, y continúan conduciendo, a un debilitamiento del sistema democrático y violaciones masivas de los derechos humanos (...). La exhibición de la verdad a través de los juicios alimenta la discusión pública y genera una conciencia colectiva y un proceso de auto-análisis”¹⁰⁹.

Por eso, un representante del garantismo moderno como lo es el Luigi Ferrajoli, afirma que el juicio abreviado¹¹⁰ por su esencia no contradictoria, no puede constituir un dispositivo procesal adecuado para comprobar la verdad de la imputación con un mínimo nivel de confiabilidad, porque en este procedimiento la verdad perseguida, ya no es la que se corresponde con lo sucedido, demostrado de modo racional por medio de la prueba, sino la verdad alcanzada es aquella que es consensuada entre los intervinientes, con independencia de si lo acordado se atiene a lo acaecido en el plano fáctico. De esta manera, el cambio de paradigma no deja de ser problemático, ya que “cuando el Estado, además de apropiarse de la facultad de perseguir penalmente, se

¹⁰⁸ Según cifras del Compendio Estadístico publicado por la división de estudios del Ministerio Público, del total de juicios realizados entre la vigencia de la Reforma Procesal Penal y el mes de diciembre del año 2006, el Juicio Oral representaba sólo el 4. 4%, mientras que el procedimiento abreviado alcanzaba un 14%, y por último, el procedimiento simplificado lideraba las estadísticas con un 81.4%. Por lo que sin duda a nivel de estadísticas el procedimiento ordinario resulta ser la excepción.

¹⁰⁹ ATRIA Lemaitre, Fernando. La hora del derecho: los derechos humanos entre la política y el derecho. En 91 Estudios Públicos, 2003, p. 14.

¹¹⁰ Aquí es menester efectuar una distinción entre los distintos procedimientos breves existentes en el proceso penal, ya que lo que está en juego en el procedimiento abreviado y el juicio simplificado es diametralmente diferente, en tanto el juicio simplificado sólo se configura para las faltas y los delitos cuya pena no sea superior a los 540 días de privación de libertad, mientras que el primero parte desde los 541 días de presidio y reclusión. Asimismo, si se compara el abreviado con el juicio monitorio, se percatará que el monitorio constituye una clase más restringida del procedimiento simplificado, pues únicamente se establece respecto de faltas sancionables con pena de multa. De allí que no se genere el mismo peligro que con el procedimiento abreviado.

apropia de los mecanismos de consenso: las prácticas inquisitivas resultan consolidadas”¹¹¹.

En igual sentido, se manifiesta la mayoría de la doctrina, y en especial la trasandina María Sormani, al apuntar que “ningún consenso (ni el de la mayoría ni el del propio imputado) puede valer como criterio de formación de la prueba. Las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles.”¹¹²

Si bien teóricamente en todo proceso debe ser esencial el respeto de las garantías fundamentales, el aceptar el reconocimiento de los hechos por parte del imputado para resolver el conflicto penal sin una comprobación acerca de la veracidad de los mismos, implica desechar al juicio oral, dejando de lado la racionalidad de la prueba, y asimismo, la construcción de una respuesta que se atenga a lo probado en el juicio. En suma, se renuncia a las más importantes garantías estatuidas por la reforma procesal penal, cayendo en un espiral sin fin de críticas por la instauración de procedimientos que no se atienen a la lógica que debe guiar al ordenamiento criminal. Por ende, la incorporación de estos procedimientos al ordenamiento punitivo conlleva resignarse frente a la necesidad inmediata de descongestionar el sistema, desistiendo de la coherencia que debe tener el proceso penal, como mecanismo de atribución de responsabilidad a los individuos.

Se dejará el análisis hasta este punto, pues con lo visto se ha cumplido el objetivo original planteado en esta sección de la memoria, que era mostrar algunos de las limitaciones existentes en el ordenamiento punitivo para indagar la verdad. Sin duda, habrá más restricciones que las examinadas, pero lo presentado hasta aquí permite entender que, como sostiene Taruffo, “nadie duda de que a pesar de estas limitaciones, la búsqueda de la verdad tenga sentido, y que un decisor racional debe tender a maximizar la verdad de su conocimiento de los hechos que le afectan, si es

¹¹¹ TEDESCO, Ignacio. Algunas Precisiones en torno al juicio abreviado y el privilegio contra la autoincriminación [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/01042009/procesal03.pdf>> [consulta: 29 julio 2011]

¹¹² SORMANI, María. El juicio abreviado en el procedimiento contravencional. Verdad material vs. verdad consensuada [en línea] <http://www.justiniano.com/revista_doctrina/juicio_abreviado.htm> [consulta: 24 agosto 2011]

que quiere maximizar también la validez de sus decisiones y reducir el riesgo de errores que puedan tener consecuencias graves.”¹¹³

4. Equilibrio con otros intereses.

Considerando que en el apartado anterior se expusieron las diferentes limitaciones existentes en el ordenamiento punitivo para averiguar la verdad, compete examinar en este subcapítulo del trabajo, cómo es posible conjugar de modo adecuado los diversos bienes e intereses presentes en el proceso penal nacional.

Para lograr el objetivo propuesto, es menester tener en cuenta que en el sistema jurídico nacional existen consideraciones tanto valóricas como técnicas; las primeras deben responder a un fundamento moral, mientras que las segundas, más bien persiguen ser acordes a la eficacia. Esta dinámica se concibe en el entendido de que en el ordenamiento punitivo se encuentran heterogéneos intereses en juego, que muchas veces compiten entre sí; de modo tal que “los fines, valores o preferencias se pueden encontrar en situación de conflicto o de pugna, que no es reconducible a un orden exento de contradicciones: en esta restricción radica la crisis de las utopías”.¹¹⁴

Precisamente esta crisis de las utopías, a la que hace mención el destacado abogado nacional Enrique Barros, implica que una vez que se condicionan ciertos fines en consideración a otros, se está optando por determinados valores, de manera que en esta pugna por imponerse en el ordenamiento, se reconocen determinadas preferencias y se excluyen otros intereses que no resultan tan primordiales como los primeros. De esta forma, se dejan vacías ciertas quimeras o no enteramente satisfechas, al no ser acordes con los principios orientadores del sistema punitivo o

¹¹³ TARUFFO. Ob. cit. en n. 28, p. 121.

¹¹⁴ BARROS, Enrique. El Derecho, apuntes de clases Derecho Civil I. Santiago, Universidad de Chile, 1995., p. 9

encontrarse en contradicción con otros valores que son considerados fundamentales para el ordenamiento.

A su vez, este planteamiento responde a la idea de que “las instituciones políticas y jurídicas en general, y la organización judicial en un estado de derecho en particular, descansan sobre principios justificadores. Esos principios definen no sólo su función y limitaciones sino también sus características y modos de actuación, de modo tal que sin esos principios, esas características y modos de actuación resultarían arbitrarias o contraproducentes”¹¹⁵.

Por consiguiente, cuando se examina la finalidad que persigue el proceso punitivo chileno, no es posible dejar de lado los principios que guían el sistema penal nacional, en cuanto constituyen el eje que determina la construcción del proceso criminal, y al mismo tiempo, configura sus delimitaciones y el resultado de sus ponderaciones. Así, los principios en el ámbito legal valen para justificar las resoluciones, ya sea interpretando las normas o perfeccionando las falencias que tiene el ordenamiento. A fin de cuentas, su importancia radica en que satisfacen el objetivo de “estabilizar el sistema, evitando que la meta de averiguar la verdad lo desequilibre, cumpliéndola aun a costa del ser humano individual y de cierto ámbito de privacidad que el estado de derecho le garantiza.”¹¹⁶

Particularmente en el actual proceso penal, es posible percatarse que se encuentran en tensión dos intereses opuestos “a los que corresponden dos tareas distintas, ambas justificadas: la preservación del orden jurídico-penal, mediante la realización de sus reglas, y la seguridad individual, para el respeto de la dignidad de los ciudadanos. La solución a esta tensión, cuando provoca una colisión, puede ser decidida por ponderación de los intereses en juego”¹¹⁷. Ergo, aquel que desee instituir un sistema procesal penal debe satisfacer la doble expectativa de eficacia y garantía,

¹¹⁵ ATRIA Lemaitre, Fernando. Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo [en línea] <<http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%205/JURISDICCION%20E%20INDEPENDENCIA%20JUDICIAL.%20EL%20PODER%20JUDICIAL%20COMO%20PODER%20NULO.pdf>> [consulta: 29 julio 2011]

¹¹⁶ MAIER. Ob. cit. en n. 10, p. 433.

¹¹⁷ MAIER. Ob. cit. en n. 63, p. 153.

estableciendo la máxima eficiencia en el cumplimiento de la sanción penal y el respeto total por la dignidad de las personas. Esto, debido a que una administración de justicia penal coherente con la democracia, debe congregar la capacidad funcional junto con una protección integral al principio de legalidad; sólo si se unen adecuadamente estos elementos se podrá establecer la paz jurídica.

En otros términos, “la realización del derecho material como uno de los fines esenciales del proceso penal no es posible sin una administración de justicia penal funcionalmente eficiente; un Estado en el cual el derecho penal no ofrece una protección efectiva, ya no sería un Estado de derecho.

Sin embargo, sería peligrosa la suposición de que ya la eficiencia de la administración de justicia penal satisfaría al Estado de derecho”,¹¹⁸ puesto que “la pretensión de constituir un sistema que sea eficiente únicamente en el castigo no producirá otra cosa que el repertorio de órdenes de algún tirano; y que el planteo de un sistema de puras garantías, en realidad, no es más que un castillo en el aire, ya que sólo desde la perspectiva del poder es posible plantearse con sinceridad la dignidad humana que se está dispuesto a defender a ultranza... Esta confrontación entre la búsqueda de la mayor eficiencia y la protección de los derechos individuales se enmarca, a su vez, dentro de otra oposición mayor...la oposición poder-derecho.”¹¹⁹

Por lo mismo, la indagación de la verdad no constituye ni debe ser una meta absoluta en el proceso punitivo, porque la necesidad de la decisión judicial de corresponderse con lo probado juega con otros valores morales y jurídicos presentes en todo Estado de Derecho.

La mayoría de la doctrina es conteste con esta idea que propugna que la verdad no puede ser conseguida a cualquier precio, ya que admitir lo contrario, sería socavar las bases en las cuales se sustenta el proceso penal democrático. Por eso se admite que la averiguación de la verdad debe ser compatibilizada con otros principios de modo equilibrado.

¹¹⁸ ROXIN. Ob. cit. en n. 62, p. 4.

¹¹⁹ BINDER. Ob. cit. en n.37, p. 58.

Así el ordenamiento punitivo debe conciliar los principios básicos de un Estado de Derecho con la eficiencia que demanda el sistema económico y concretamente, con el gasto asociado a estas tareas. Ello, puesto que se debe considerar que junto con la indagación de la verdad coexisten otros intereses en el proceso penal que deben protegerse, como es la celeridad, la economía procesal y la simplificación. Esto se establece en la medida de que un sistema penal para denominarse legítimo requiere ineludiblemente un mínimo nivel de eficiencia en su funcionamiento. Lo que no significa instituir a la economía o a la eficiencia por encima de la verdad, sino comprender que la justicia oportuna constituye una meta estratégica de la reforma procesal penal, en cuanto el sistema punitivo dentro de un lapso razonable de tiempo, debe resolver los requerimientos de justicia que le efectúan las personas y la sociedad en sí.

En otras palabras, esta concepción se atiende a la idea de que se deben satisfacer las demandas ciudadanas que procuran una respuesta oportuna frente a los conflictos de naturaleza penal, de modo que el proceso punitivo sea un mecanismo coherente de atribución de responsabilidad y un sistema que garantice una eficaz resolución de los problemas sociales.

En el mismo sentido, apunta Félix Herzog al declarar que “un orden estatal sólo es eficiente, y legítimo al mismo tiempo, si reconoce las libertades de las personas que se agrupan a su amparo, que frena su propio poder y que se vincula a las leyes”¹²⁰.

No obstante, ahora surge la interrogante que reza ¿cómo se realiza la ponderación entre los diversos intereses en juego en el proceso penal?

En primer lugar, la respuesta a la pregunta planteada está dada por comprender que la solución se trata de una decisión netamente política que involucra decidir que bienes serán más valorados. Lo cual a su vez, encierra la elección de una ideología por sobre otras, es decir, la lógica del proceso punitivo que se adopte, constituye una apuesta del legislador por ciertos valores frente a otros.

¹²⁰ HERZOG, Félix. La crisis de los principios espirituales y sociales del proceso penal reformado. Revista *Ius et Praxis*, 15 (1): 375- 386, 2009.

En segundo lugar, la interrogante planteada puede satisfacerse concretamente si se atiende a la concepción de Derecho como integridad a la que apela Ronald Dworkin.

Esta teoría, en resumidas cuentas, proclama que los jueces perciban a las normas jurídicas como una totalidad, y no resuelvan considerando únicamente el caso en concreto, sino que tengan presente en su actuar los principios y valores que inspiran el ordenamiento. Por ende, el juez al decidir acerca del conflicto criminal debe considerar que en el proceso penal junto a la verdad, coexisten otros presupuestos como el respeto de los derechos fundamentales, la libertad, la igualdad, la eficiencia, la celeridad, que también deben resguardarse.

En tercer y último lugar, se debe tener en cuenta lo que postula Mercedes Fernández al respecto, pues ella es quien resuelve lo esencial de la problemática, al afirmar que “debe existir un equilibrio entre la protección de las garantías constitucionales que asisten al acusado y la eficacia que debe presidir el proceso penal como método para la actuación del *ius puniendi* estatal. Pero ha de ser un equilibrio justo, lo que implica un equilibrio no neutral, sino escorado hacia la protección de garantías. No podía ser de otro modo, teniendo en cuenta que el grado de legitimidad democrática del sistema procesal viene condicionado por el nivel de tutela de los derechos fundamentales que el propio sistema sea capaz de proporcionar”¹²¹.

Por lo tanto y a modo de conclusión, si bien no es posible entregar una solución caso a caso, el equilibrio entre la averiguación de la verdad y los demás intereses existentes en el ordenamiento punitivo se resuelve equilibradamente en el proceso penal, si se considera que éste además de entregar una respuesta jurídica racional, debe ser coherente con los presupuestos de debido proceso, equidad, libertad, dignidad, justicia y seguridad jurídica que tiñen la teoría del proceso; de tal manera que en la búsqueda de la verdad se afiance la justicia, aplicando la ley penal y respetando la dignidad de los individuos.

¹²¹ FERNÁNDEZ. Ob. cit. en n. 36, p. 24.

5. No se renuncia a la verdad.

Una vez examinada como se concilia la averiguación de la verdad con los demás intereses existentes en el proceso criminal, se hace menester aclarar que la ponderación entre los diferentes presupuestos del ordenamiento punitivo no conlleva renunciar a la verdad, sino comprenderla desde una perspectiva amplia. Este será el objetivo que guiará este subcapítulo.

Entre los teóricos de la materia, es conocida la frase que reza: “La verdad es como el agua: es pura, o no es verdad”.

Este famoso enunciado es de autoría de Francesco Carnelutti, quien consideraba que cuando la indagación de la verdad está restringida de tal manera que “no puede ser conocida en todo caso y por cualquier medio, el resultado...es siempre el de que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos. No se puede buscar la verdad sólo en parte: o se la busca del todo, o lo que se busca no es la verdad.”¹²²

Según mi parecer, este doctrinario italiano parte de una premisa que no es adecuada, ya que para efectuar un correcto análisis, lo primero que hay que realizar es situar la problemática dentro del contexto en que se va aplicar. Lo que se traduce en este caso en concreto, en que al hablar de la verdad se requiere determinar el ámbito en la cual ésta se inserta. Así, si se examina la finalidad de averiguación de la verdad en el proceso penal, no es posible desatender la premisa de que en este ámbito juegan otros intereses que deben protegerse, por lo mismo su indagación se condiciona a éstos. Lo que no significa que se renuncie a la búsqueda de la verdad como fin último, sino que se comprende que su delimitación responde a la idea de que la legitimidad del proceso y del Derecho, proviene del respeto a un conjunto de principios más amplios, que no se agotan en la indagación de la verdad.

¹²² CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 25.

Aclarado lo anterior, ahora resulta relevante examinar las interrogantes que plantea Hassemer. Este catedrático alemán, considerando las restricciones con que se enfrenta la verdad actualmente, se interroga lo siguiente: “¿a qué tipo de verdad es al día de hoy exigible ante los múltiples e intrincados obstáculos a los que se enfrenta? ¿tiene entonces la verdad judicial algo que ver con la verdad real y la verdad histórica, cuando es claro que el camino que tiene el juez para determinar es estrecho y tortuoso? y ¿qué pasa con la justicia como ethos del derecho material cuando éste falla ante los resultados que fueron brindados acorde al derecho formal?”¹²³ Estas preguntas resultan interesantes en este punto del debate, puesto que conforman, en parte, los dilemas que se han planteado los teóricos buscando una respuesta que satisfaga tanto los requerimientos del proceso penal, como también sea acorde a la naturaleza humana, y a las limitaciones estatuidas por el sistema punitivo.

Como se afirmó en las secciones anteriores de la memoria, lo que se intenta en el proceso punitivo es encontrar la verdad reconstruyendo lo que sucedió, de tal modo que la edificación realizada sea correspondiente con lo acontecido y a su vez, se atenga a las normas y procedimientos vigentes.

Sin embargo, reconocer estas restricciones no significa declinar en el intento de que la ciencia suministre una certidumbre comunicable y que posibilite actuar sobre la realidad con una relativa seguridad, ya que como alerta Popper, en este contexto hay que saber “distinguir cuidadosamente entre el hecho de que no podamos alcanzar certezas acerca de ninguna hipótesis y el hecho de que no podamos tener razones para preferir una hipótesis explicativa respecto de otra.”¹²⁴

Por lo mismo, el proceso criminal no debe desistir, por principio y desde un comienzo, a la averiguación de la verdad comprendida en su sentido clásico como *adecuatio rei et intellectus*, sino únicamente que debe atenuar este objetivo a las restricciones emanadas de las reglas del conocimiento, de las garantías reconocidas en la Carta Fundamental y de las normas jurídicas.

¹²³ HASSEMER. Ob. cit. en n. 51.

¹²⁴ FERRER. Ob. cit. en n. 30.

En un mismo sentido, se manifiesta Nicolás Guzmán en su obra “La verdad en el proceso penal” al señalar que “renunciar a la lógica inquisitiva, es decir, a la idea de que se puede y por lo tanto se debe alcanzar una verdad material absolutamente cierta y objetiva no implica renunciar al valor verdad insustituible para la aplicación de una condena. Al contrario, son las garantías penales y procesales las que aseguran la máxima aproximación a la verdad procesal”¹²⁵. Igual creencia comparte Foucault, al postular que “las condiciones políticas y económicas de existencia no son un velo o un obstáculo para el sujeto de conocimiento sino aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y, en consecuencia, las relaciones de verdad.”¹²⁶

En consecuencia, no es posible desechar la verdad como ideal, pues como arguye Eugenio Moya, “sería renunciar a una de las mayores conquistas de Occidente para la humanidad: el uso crítico y público de nuestra razón.

Sólo este uso, que ya erigiera Kant en la clave de la ilustración de la humanidad, puede inmunizarnos contra el error fundamental del relativismo: juzgar como criterio de validez y valor la simple coherencia discursiva de un lenguaje o sociedad consigo misma y prescindir de la coherencia con la realidad exterior”¹²⁷.

De ahí que no se deba renunciar a la búsqueda de la verdad en el proceso punitivo, al constituir un valor primordial sobre el que se construye y orienta el ordenamiento jurídico; ni menos se puede desistir de este ideal al aplicar una condena, ya que sería totalmente contradictorio con el modelo garantista, que el Estado, a través del proceso penal, justifique aplicar un castigo a un individuo, sin encontrarse completamente seguro de la verdad de los acontecimientos sobre los que basa su condena.

En otras palabras, si se entrega una respuesta condenatoria, es inevitable que sea demostrada la verdad del supuesto acusatorio. Por ende, se colige que alcanzar la verdad en el proceso penal, es ineludible si lo que se procura es la aplicación de una condena, en la medida que únicamente una decisión sancionatoria que conlleve en su raíz dicha premisa, podrá ser tenida como justa. De ahí que no sólo es posible, sino

¹²⁵ GUZMÁN. Ob. cit. en n. 26, prólogo.

¹²⁶ FOUCAULT. Ob. cit. en n. 29, p.13.

¹²⁷ MOYA Cantero, Eugenio. Filosofía, literatura y verdad. Revista de Filosofía, 27 (2):305-336, 2002, p. 331.

también fundamental determinar la verdad de los hechos en el ámbito del proceso penal, ya que si se considera que se está inmerso en un sistema teñido por el principio de legalidad, la verdad se instaure como lo necesario para dotar de justicia a la respuesta judicial.

La conclusión anterior, que puede parecer baladí, no lo es si se tiene en cuenta que varios autores postulan que frente a la imposibilidad de alcanzar la verdad absoluta se debe prescindir de este objetivo en el proceso penal. Lo que es una creencia errónea, ya que si bien, se es consciente de que la misma condición humana impide conocer la verdad en términos absolutos, ello no produce como resultado que se renuncie a la verdad, pues para construir un sistema normativo acorde a un Estado de Derecho, la verdad constituye la principal manera de resguardar racionalmente la administración de justicia.

En un sentido similar, se expresan tanto el magistrado mexicano Mario Martínez como el docente trasandino Juan Manuel Converset, al afirmar el primero que “la naturaleza cognitiva del proceso y su fundamentación en la verdad mínima y controlada es la fuente de legitimación de la jurisdicción penal”¹²⁸ y al plantear el segundo que en la actualidad el único modo éticamente admisible para ser coherente con la tarea de hacer justicia es indagando la verdad.

Por lo tanto, no se puede prescindir del objetivo de averiguar la verdad en el proceso punitivo, “salvo que se opte por modelos penales puramente decisionistas, sino a costa de una profunda incompreensión de la actividad jurisdiccional y de la renuncia a su forma principal de control racional.”¹²⁹ Lo cual, en términos de Ferrajoli, se resume en que “si una justicia penal completamente con verdad constituye una

¹²⁸ MARTÍNEZ Pérez, Mario. Diferencia sustancial entre la verdad histórica y la verdad en el proceso [en línea] <<http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones/55revistajussemperloquitur/DIFERENCIA%20SUSTANCIAL%20ENTRE%20VERDAD%20HISTORICA%20Y%20VERDAD%20PROCESAL.pdf>> [consulta: 29 julio 2011].

¹²⁹ BUSTINZA Siu, Marco Antonio. La verdad en el proceso penal [en línea] <<http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/08/la-verdad-en-el-proceso-penal.html>> [consulta: 29 julio 2011].

utopía, una justicia penal completamente sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad.”¹³⁰

Entonces, a modo de conclusión, la interrogante de por qué no renunciar a la averiguación de la verdad en el proceso penal, se satisface con la necesidad de dar legitimidad al sistema punitivo y al Derecho, como mecanismo racional de atribución de responsabilidad; sorteando así la arbitrariedad, tan funesta para un ordenamiento penal que busca ser coherente con un Estado democrático de Derecho.

¹³⁰ FERRAJOLI. Ob. cit. en n. 22, p. 45.

CAPÍTULO IV.

LA PRUEBA Y LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL.

Este capítulo se inserta en el trabajo, principalmente con el objetivo de dejar en claro cómo se construye la dinámica entre la indagación de la verdad en el proceso penal y la prueba como mecanismo que posibilita alcanzar esta finalidad de modo racional. Por ello que aquí se tratarán los diferentes componentes que se relacionan con la prueba, examinándose sucintamente su noción, su objeto, su función, sus límites, su valoración, entre otros elementos que la constituyen y la determinan. Ello en atención a que la teoría de la prueba se encuentra directamente relacionada con la teoría del conocimiento, al permitirle al juzgador alcanzar la convicción necesaria para dar una respuesta jurídica adecuada a la contienda que debe resolver.

Los temas precedentes se desarrollarán, teniendo siempre a la vista, que lo central en este capítulo, serán las temáticas que hacen alusión a la problemática prueba y verdad, en tanto presupuestos esenciales de un sistema penal que busca erigirse como ordenamiento que distingue el error de la verdad y otorga una respuesta coherente (al atenerse a lo acaecido), y legítima (al ceñirse al criterio de racionalidad).

1. Presupuestos de la prueba.

No existe genéricamente la denominación que da el título a la primera sección de este capítulo. No obstante, hay elementos que deben tenerse en cuenta a priori para

hablar de prueba en el contexto punitivo. Así, la mayoría de estos componentes se agruparán bajo la denominación de “presupuestos de la prueba”, en cuanto constituyen elementos básicos que se establecen ex ante, por el solo hecho de instituir el mecanismo de la prueba en el ámbito jurídico. Ello es lo que se expondrá en este apartado de la tesis.

Pues bien aclarado lo anterior, es posible hablar de los mentados presupuestos.

En primer lugar, la expresión “existir” simboliza de cierto modo, que hay una realidad que incluye a los sujetos, la cual es susceptible de ser conocida por éstos.

En segundo lugar, reconocida la posibilidad de discernimiento, se comprende que el conocimiento conlleva diferenciar entre los enunciados que se refieren a los acontecimientos, así se debe distinguir entre las afirmaciones verdaderas y las proposiciones falsas, en tanto que las primeras se corresponden con lo acaecido en el plano fáctico, mientras que las segundas no se atienen a la realidad; de este modo, el concepto de verdad permite clasificar las unas y las otras proposiciones.

En tercer lugar, se necesita una pauta que determine si un enunciado es verdadero o falso, para lo cual es menester que se instaure un lenguaje acerca del valor de las palabras de la afirmación, convenido entre quien emite la proposición, y quien la recibe. En este punto es útil recordar que en capítulos anteriores ya se adoptó el criterio de Tarski, que entendía la verdad como correspondencia. Aquí, se seguirá la misma lógica, en cuanto se deduce que se requiere que exista un vínculo de correspondencia entre la afirmación sobre el hecho y el estado de cosas que refiere el enunciado. En consecuencia, y como sutilmente apunta Jordi Ferrer, se acepta la teoría de la correspondencia por ser la más adecuada concepción para “dar cuenta de las exigencias de la aplicación del derecho: aplicar la norma que prescribe una consecuencia jurídica para el caso que se dé el hecho h requiere que se haya producido h y, por tanto, que los enunciados que se declaran probados en el proceso se correspondan con lo ocurrido en el mundo.”¹³¹

¹³¹ FERRER. Ob. cit. en n. 66, p. 18.

En cuarto lugar, se requiere que exista un convenio respecto a las modalidades de adquisición del conocimiento, lo que se traduce en aceptar que existen determinados sucesos de imposible comprobación práctica, esto es, que se encuentran fuera de la lógica del contraste.

En último término, es menester diferenciar claramente la creencia de la verdad, en tanto que la primera se atiene a un estado psicológico, o sea se trata una condición del conocimiento que no es causal; mientras que la otra, posee un componente neutral que genera que se establezca con independencia de las opiniones.

En resumidas cuentas, para lograr el conocimiento acerca de una afirmación sobre un hecho, se necesita que el enunciado sea verdadero; asimismo que se crea que lo sea, y por último que se brinden razones que justifiquen ese pensamiento.

Para que se verifique lo anterior, resultará útil acudir a la epistemología general, la que otorgará los instrumentos necesarios para aumentar las probabilidades de que la resolución tomada sea correspondiente con la verdad.

En fin, lo que se debe dejar en claro en este apartado de la memoria, es que en el contexto del proceso existen acontecimientos apreciables que requieren ser comprobados, y particularmente, es el juzgador quien intentará efectuar esta verificación a través de la prueba; sin embargo, se encontrará limitado, pues el proceso al ser un ámbito institucionalizado de indagación de la verdad también responde a normas contraepistemológicas, que se erigen como verdaderas prohibiciones probatorias. De allí que en el ordenamiento punitivo, al mismo tiempo, existan determinadas correspondencias que no se podrán realizar en vista de otros intereses que deben ser igualmente satisfechos por el sistema jurídico.

2. Noción de la prueba.

Para establecer una definición adecuada de prueba es menester señalar a priori el origen de este término.

Precisamente, el vocablo prueba proviene del latín *probatio* que se refiere a lo bueno, a lo fidedigno, a lo real. De ahí que antiguamente, prueba significaba aclarar aquello que se encontraba ambiguo o en penumbras, es decir, involucraba resolver la duda, al desechar lo falso, instaurando lo efectivo. Así, históricamente la prueba consistía en la operación que se orientaba a encontrar lo auténtico.

Luego, esa inicial concepción se traslada al día de hoy conservando su esencia, al mantenerse en la actualidad, la idea de que prueba constituye la actividad que busca demostrar lo verdadero.

Junto con la semántica, el significado del término puede entregar buenas pistas sobre el concepto de prueba. En este sentido de modo general, prueba constituye la “acción y efecto de probar: razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”. Y concretamente, en el ámbito del Derecho, se traduce en la “justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”¹³².

Ahora si se remite a la noción jurídica propiamente tal, se percatará que existen un sin número de definiciones sobre la prueba, partiendo por el hecho de que su acepción ya en el ámbito normativo es múltiple.

Así, no sólo corresponde a una etapa del proceso jurídico, sino también constituye prueba la acción de demostrar algo, el objeto sobre el que recae ésta, el resultado de la misma, entre otros significados.

¹³² Diccionario de la Real Lengua Española. 21ª ed. Madrid, 1992, p. 1194.

En efecto como se advierte, el concepto de prueba en el proceso no es unívoco, porque comprende una variedad de elementos, y en resumidas cuentas, tres cuestiones principales: la primera, está dada por el método orientado a probar la veracidad de las afirmaciones de hechos; la segunda noción se configura por los elementos, antecedentes y datos utilizados para adoptar y fundar una resolución; y por último, prueba hace mención al producto conseguido, o sea a lo que se instaura como probado. En síntesis, prueba hace referencia a la actividad probatoria, a los medios de prueba y al resultado probatorio.

Particularmente por la extensa y variable utilización del término prueba en los más diversos contextos, y teniendo en cuenta que el objetivo de este apartado de la tesis es delimitar a qué se está haciendo referencia cuando se habla de prueba, no se considerarán todos los elementos que dicen relación a ésta.

De esta forma el tratamiento que se realizará, se atenderá a la prueba como presupuesto ineludible del ordenamiento punitivo; y específicamente, como actividad procesal que posibilita al juzgador adquirir, a través de los medios legales la convicción necesaria para absolver o condenar a un individuo.

Una vez comprendido el propósito de esta sección, es posible señalar que al respecto los doctrinarios de la materia, tanto nacionales como extranjeros, no entregan una respuesta unánime a la interrogante que reza ¿qué significa prueba?

No se otorga una solución genérica, puesto que en gran medida la definición que se establezca depende mayormente de cómo se conciba el proceso. Lo cual, también es una cuestión sin consenso en la teoría. Además incide en la construcción de una u otra noción, la finalidad que se le otorgue a la prueba en el proceso penal, en el sentido de si ésta persigue lograr la convicción judicial acerca de los sucesos, alcanzar la verdad o la certeza; o como sostuviera Carnelutti, implica una mera fijación formal de los hechos a través de ciertos procedimientos.

Sólo a modo de ejemplo, es posible mencionar algunas de las acepciones que los diversos autores le han dado a la prueba.

Así, para Tapia integra “todo lo que sirve para convencer al juez acerca de la existencia o inexistencia de un hecho necesario para la decisión”.

A su vez, Vincenzo Manzini se centra en la necesidad de correspondencia con la realidad al concebir la prueba como la “actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real”.

Mientras, Aguilar Aranela entrega una respuesta más completa, al identificarla con los “actos jurídicos procesales con la finalidad de dar cuenta al órgano jurisdiccional de la veracidad o existencia más allá de toda duda razonable, o de la falsedad o inexistencia de los hechos que motivaren la imputación”.

Por otra parte, Quezada Meléndez apunta a que la prueba posibilita alcanzar la convicción, así la define como la “actuación procesal de parte o del tribunal que tiene por finalidad lograr mediante los medios legales, la convicción del juez acerca de la verdad de un hecho o de una afirmación”.

Asimismo se pronuncia Palacio, para quien corresponde al “conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley, y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación”¹³³.

Por último, resulta interesante mencionar la noción de Michelle Taruffo, puesto que su definición rescata el vínculo entre verdad y prueba más allá del nivel cognitivo, al concebir a ésta última como la totalidad de los componentes, de los procedimientos y de las inferencias por medio de las cuales la reconstrucción de los hechos es confeccionada, comprobada y ratificada como verdadera.

Ahora es vital recordar lo que se señaló precedentemente, esto es, que no se analizará la discusión teórica que ha existido al respecto, sino que se adoptará la noción que se considera más adecuada, al aunar los diferentes elementos que son

¹³³ Las definiciones expuestas sobre la prueba en el ordenamiento criminal fueron obtenidas de AGUILAR Aranela, Cristián. La prueba en el proceso penal oral. Teoría general de la prueba y medios de prueba en particular. Santiago, Metropolitana, 2003, p. 9.

esenciales para entender la dimensión de la prueba en el proceso penal. Por lo tanto, en este punto se seguirá la definición dada por el profesor Maturana, quien manifiesta que prueba consiste en el “conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso para los efectos de permitir al tribunal alcanzar la convicción acerca de la existencia de ciertos hechos necesarios para la solución del conflicto”¹³⁴.

3. Función de la prueba.

Sin duda, hay variadas opiniones sobre el rol que desempeña la prueba en el ámbito normativo, pero en este apartado se revisarán las dos concepciones principales que coexisten sobre la función de la prueba. Ello, independientemente de que se tenga en cuenta de que también hay una tercera teoría que postula la fijación formal de los hechos como fin de la prueba¹³⁵.

Esta restricción en el estudio se efectúa, pues se considera que las dos posturas principales logran mostrar adecuadamente lo que se desea examinar en este punto del debate, es decir, el por qué la prueba tendría un propósito u otro dentro del marco punitivo, y si ello resulta coherente con la lógica que debe tener un proceso penal que se defina como racional.

Precisamente la primera concepción se denominará cognoscitiva, al sostener que la prueba, substancialmente, constituye una herramienta de conocimiento en el proceso, al otorgar datos e informaciones sobre los sucesos que deben ser verificados en el juicio, y que finalmente permitirán alcanzar una u otra conclusión.

¹³⁴ MATURANA. Ob. cit. en n.19, p.13.

¹³⁵ Esta concepción no se estudiará aquí, pues se entiende que Francesco Carnelutti, su principal expositor, la concibió en torno a la tarifa legal, la cual determina normativamente la valoración probatoria hasta el punto de rigidizar en tal exceso la apreciación, hasta transformarla en muchos casos en una carga para el juez, y en fin, para la decisión jurisdiccional. Lo que, está lejos de acontecer en el sistema patrio guiado por la libre valoración de la prueba. Por ende, su examen no será objeto de esta memoria.

Así desde esta perspectiva, el rol de la prueba estaría dado por suministrar al juzgador los elementos básicos para determinar si cierta afirmación referente a un acontecimiento es verdadera o falsa.

En consecuencia para esta teoría, la prueba perseguiría el cometido de “comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos. Y el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas.”¹³⁶ De este modo, el grado de verdad que se alcance dependerá si las proposiciones sobre los hechos se condicen o no con lo fáctico, y en qué medida.

Ahora surge la interrogante de ¿cómo satisface esta teoría el caso de que la prueba rendida en juicio forme la convicción judicial necesaria para condenar, pero al mismo tiempo, la prueba no se corresponda con la verdad?

Para responder a esta pregunta, es vital tener en cuenta la advertencia que efectúa el profesor Maturana en este punto de la materia, al indicar que la concepción cognoscitiva puede superar el escollo planteado si se identifica la verdad en términos de Ferrajoli o de Taruffo, esto es, si se entiende como aproximativa.

En este sentido, la función epistemológica que se le atribuye a la prueba en el proceso punitivo, se satisface en cuanto se comprende que el juzgador “la establece por corresponder en la mejor forma a la prueba como a las normas jurídicas e interpretación del derecho conforme a uno de las tesis planteadas en el proceso que es aceptada como la más cercana posible a la realidad.”¹³⁷

En otras palabras es claro para esta teoría, que el conocimiento que se va a alcanzar será relativo al contexto en el cual se inserta, es decir, se es consciente de que en el proceso no se obtendrán verdades absolutas y que cualquier decisión que se adopte obedecerá en gran parte a las pruebas que se rindan en el juicio.

¹³⁶ FERRER. Ob. cit. en n. 66, p. 30.

¹³⁷ MATURANA. Ob. cit. en n. 19, p. 36 y 37.

En síntesis, el rol de la prueba para la óptica cognoscitiva es justamente comprobar la veracidad o la falsedad de los enunciados sobre los hechos relevantes en el proceso penal.

En cambio, la segunda postura representada por autores como Couture, Chiovenda, Guasp y Rosenberg, parte de la convicción judicial como función de la prueba, en tanto sostiene que el propósito de ésta sería convencer al tribunal de la plausibilidad de una afirmación fáctica. Lo que en términos de Correa Selamé, se expresa en que el objetivo de la prueba no sería alcanzar la verdad sino que “llevar a que el juez adquiriera una situación de carácter subjetiva que es la certeza la que, en último término, trae tranquilidad social.”¹³⁸

De esta forma, esta concepción se remite indirectamente a la idea de que la tarea del abogado no está dada por conocer la verdad o permitir que el juzgador la descubra, sino más bien por ganar el pleito, con independencia de que si lo que se resuelve en el juicio se corresponde o no con lo sucedido en la realidad.

Ello sin duda no deja de ser peligroso, pues si se radicaliza esta teoría hasta sus extremos, la prueba jugaría un rol de mera persuasión desligado de toda vinculación con el conocimiento, donde una afirmación tendría la calidad de verdadera por el solo hecho de que el juez se encuentre persuadido de ello. Lo que no puede ser tal, pues algo no se transforma en verdadero porque el juzgador lo estime así.

Entonces como se vislumbra de lo expuesto, “no parece posible considerar que la finalidad de la prueba sea exclusivamente la de obtener la convicción judicial, sino que ésta debe reunir ciertos requisitos de racionalidad que permitan considerar que la resolución está justificada en la medida que representa la máxima aproximación posible al conocimiento de los hechos a partir de los datos”¹³⁹ que se han podido aportar al juicio. Ergo, en el actual proceso punitivo, en palabras del fiscal nacional Sabas Chahuán, el propósito de la prueba debe ser acorde a las “reglas probatorias y siempre respetando las garantías de las personas, ello no significa que a la sociedad y

¹³⁸ CORREA Selamé, Jorge. La prueba en juicio [en línea] <<http://www.corporativojuridico.cl/index.php?sec=12&art=33>> [consulta: 2 septiembre 2011]

¹³⁹ FERNÁNDEZ. Ob. cit. en n. 36, p. 21.

al propio tribunal no le interese...acercarse a la verdad real: para ello existen mecanismos de control destinados a tratar de asegurar que el relato que se establece en la sentencia sea lo más acorde posible con lo realmente acontecido, tales como: la necesidad de fundamentar la sentencia.”¹⁴⁰

Por lo tanto, considerando lo visto, es posible señalar a modo de conclusión, que la finalidad de la prueba es “la máxima aproximación posible, dentro de los límites del proceso, al conocimiento de la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos. Esta aproximación es evaluada por el juez y se manifiesta en su convencimiento racional...En efecto, su valor no es el de ser un fin en sí mismo, sino el ser un indicador de que el fin último se ha satisfecho y en qué grado.”¹⁴¹

4. Objeto de la prueba.

Este subcapítulo de la investigación busca resolver la interrogante que se cuestiona ¿qué es lo que se prueba?

Al respecto, no existe una única respuesta que satisfaga la pregunta planteada, pues la doctrina no ha sido uniforme al determinar cuál es el objeto de la prueba.

En un primer momento, los teóricos sostenían que la prueba recaía sobre los hechos; no obstante, luego la mayoría de la doctrina entendió que se instaura respecto de los enunciados que se refieren a lo fáctico.

Justamente para comprender la oscilación entre las dos posiciones, es útil tener en cuenta en este punto del examen, la aclaración que efectúa el profesor Maturana, al afirmar que “si por objeto de prueba se entiende, en abstracto y sin atender a un proceso concreto, lo que puede ser probado, es decir, todo lo que puede ser

¹⁴⁰ CHAHUÁN Sarrás, Sabas. Manual del nuevo procedimiento penal. Santiago, Conosur, 2001, p. 299.

¹⁴¹ FERNÁNDEZ. Ob. cit. en n. 36, p. 35.

establecido por una norma material como supuesto fáctico de una consecuencia, ese objeto han de ser hechos. Por el contrario, cuando lo que se pregunta es ¿qué debe probarse? Y esa pregunta se refiere a un proceso concreto, la respuesta tiene que ser que las afirmaciones de las partes relativas a los hechos”.¹⁴²

Una vez comprendido que la interrogante se debe resolver atendiendo a un contexto determinado, como lo es en este caso el proceso penal, se deduce que el objeto de la prueba recae sobre los enunciados referentes a los acontecimientos; y no sobre los hechos, ya que estos últimos “no ingresan al proceso como entidades naturales, no son hechos en sentido ontológico, pura porción de una realidad en bruto.

En efecto, el juez no entra en contacto personal con los hechos, sino con proposiciones relativas a éstos”¹⁴³ Por consiguiente como se puede apreciar, lo esencial de la dicotomía se centra en determinar si es posible que los acontecimientos en sí mismos sean demostrados.

Al respecto, la mayoría de los estudiosos es conteste en sustentar que los hechos en tanto constituyen sucesos acaecidos en el pasado, serían irrepetibles como tales. Por lo tanto, se plantea que “no se podrá discutir acerca de la verdad de los hechos; esa verdad quedó atrás. Se discutirá únicamente desde el *post res perditas* en adelante; es decir, acerca de lo que ella narrativamente se postule, esto es, de los hechos contados que sólo la evocan”¹⁴⁴.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la prueba no se configura por enunciados respecto a cualquier hecho, sino que las proposiciones se refieren a aquellos sucesos que resultan relevantes dentro del marco del proceso penal en particular.

Por ende, no todos los acontecimientos deben ser probados, sino solamente los que conllevan el carácter de importancia para el caso sub-lite; de ahí que algunas clases de

¹⁴² MATURANA. Ob. cit. en n. 19, p. 102.

¹⁴³ AVILÉS Mellado, Luis. Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional. *Revista de Estudios de la Justicia*, (4):177-195, 2004, p. 178.

¹⁴⁴ CALVO. Verdad de la verdad judicial (Construcción y régimen narrativo), p. 3 [en línea] <webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/verdadjudicial.pdf> [consulta: 1 agosto 2011].

hechos no necesitan ser verificadas, en la medida que su prueba resulta redundante, como lo serían por ejemplo los hechos notorios o los acontecimientos evidentes.

Entonces, el objeto de la prueba debe atender no sólo a las afirmaciones sobre lo fáctico, sino a aquellos enunciados de hecho que se atengan a los criterios de pertinencia y utilidad, porque no se considerarán en el juicio todos los hechos relativos al caso, sino exclusivamente aquellas afirmaciones que se adecuen a lo que se requiere dar por probado y que no consten en el proceso.

Por lo mismo, en este contexto la mayoría de la doctrina sostiene adecuadamente, que la verdad de cualquier enunciado práctico es siempre una verdad que se caracteriza por no ser definitiva o absoluta, sino más bien contingente y relativa a los elementos de juicio y al proceso que se ventila. En síntesis, no es que se renuncie a la indagación de la verdad, sino esta verdad es la única que se puede llegar a alcanzar en el proceso punitivo.

Por lo tanto, y a modo de cierre de este apartado, es posible colegir que los hechos no pueden ser verificados en el ordenamiento jurídico, de ahí que lo que se demuestre en el proceso sean las afirmaciones que se refieren a éstos¹⁴⁵, las que constituyen el objeto de la prueba, al ser las únicas susceptibles del juicio de verdad/falsedad. Por eso, el modo para verificar los sucesos en el proceso es demostrando la verdad de los enunciados de los hechos y la necesaria correspondencia de las proposiciones con lo acontecido en el plano fáctico.

¹⁴⁵ En el mismo sentido se expresan Carnelutti, Sentís, Ibáñez, Taruffo, Ubertis, Ferrer, Nuñez y Miranda Estrampes.

5. Límites a la prueba.

En los subcapítulos anteriores se examinó entre otros temas, el importante rol que conlleva la prueba en el proceso penal, en el sentido de que posibilita la averiguación de la verdad.

No obstante, esta interrelación se debe comprender de manera amplia considerando los diversos elementos que hay en juego en el sistema jurídico; de tal forma de vincular la dinámica prueba/verdad a la idea de que en el ordenamiento punitivo coexisten otros propósitos que deben igualmente satisfacerse, pues el sistema penal además de indagar por lo acontecido, pretende resguardar otros intereses como por ejemplo la seguridad jurídica, la protección de los derechos fundamentales y la paz social.

En este apartado de la memoria se analizarán los presupuestos que se instauran como restricciones a la tarea de indagar por lo acaecido en la realidad. Este estudio se fija con el objetivo de determinar cómo se vinculan, al final de cuentas, los requerimientos que el legislador le impone a la prueba en el proceso penal con la averiguación de la verdad.

Al respecto, la doctrina mayoritaria ha interpretado que “la reglamentación probatoria es el resultado de opciones legislativas que encuentran su justificación en los diferentes órdenes de motivos. En las reglas probatorias legales, en efecto, se encuentra un fundamento que puede ser epistemológico (procesal) o político (sustancial), prevaleciendo la exigencia de terminar explícitamente un método para guiar al juez en la investigación o la necesidad de salvaguardar derechos.”¹⁴⁶

A su vez, lo expuesto por el italiano Giulio Ubertis, aplicado al ámbito normativo nacional se traduce en que las restricciones probatorias se perciben dentro de la concepción de que en el sistema penal interno coexiste una pluralidad de fines

¹⁴⁶ UBERTIS, Giulio. La prueba penal, perfiles jurídicos y epistemológicos [en línea] <<https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D124T0763/31/.../160283>> [consulta: 29 julio 2011], p. 45.

institucionales, que deben ser compatibilizados de tal modo de asegurar su respeto, y con ello, la coherencia del ordenamiento punitivo.

Precisamente, en el ordenamiento penal chileno uno de los intereses en juego es que el proceso, y la prueba en especial, se rinda durante un espacio de tiempo determinado. Lo cual, en términos de Bouzat y Cántaro, “no altera que el procedimiento pretende determinar la verdad y que el juez está obligado a buscar la verdad...La prueba de un enunciado fáctico significa que hay elementos de juicio suficientes para aceptarlo como si fuera verdadero y lo que justifica la decisión judicial es la prueba de la premisa fáctica, aún cuando de ser falso el enunciado la decisión sea injusta y no constituya una norma individual justificada”¹⁴⁷

Junto con las restricciones temporales, hay que considerar que en el proceso punitivo interno el derecho a la prueba también se encuentra supeditado a “determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho”¹⁴⁸.

De ahí que en el ordenamiento nacional las proposiciones que requieren prueba, son aquellas que versan sobre acontecimientos que reúnan las características de ser substanciales, pertinentes y controvertidos; y no sólo eso, sino además las que se basen en los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal en particular. Por ende, a la inversa, los enunciados fácticos que no necesitan ser verificados, son aquellos que recaen sobre hechos evidentes, notorios, presumidos, negativos o no controvertidos.

Esta restricción en la admisión de la prueba busca impedir que el proceso se alargue indefinidamente tratando hechos que no son oportunos al caso, así se protege la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas, al incorporar exclusivamente aquella prueba que resulte esencial y apropiada al juicio que se está ventilando.

¹⁴⁷ BOUZAT y CANTARO. Ob. cit. en n. 85.

¹⁴⁸ PISCOYA Silva, José. Procedimiento de exclusión de la prueba ilícita, [en línea] <<http://www.derechocambiosocial.com/revista005/prueba%20ilicita.htm>> [consulta: 27 de julio 2011]

Concretamente, la delimitación referida se estipula en el primer inciso del artículo 276 del CPP, el que literalmente dice que “el juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas...ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueran manifiestamente impertinentes y las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios”.

De este modo, el legislador patrio ha querido velar por la utilidad de la prueba, dotando al juez de garantía de la facultad de circunscribir ésta, a aquella prueba que resulta pertinente y ad hoc al caso en concreto, desechando las que sean reiterativas y las que produzcan retardo en el proceso. En similar sentido, el segundo inciso de la disposición citada, establece que si la prueba testimonial o documental produce efectos puramente dilatorios se reduzca el número de testigos o documentos.

Entonces este punto del análisis, se percibe que las razones para refutar o descartar la prueba en el proceso penal, corresponden más bien a excepciones a la premisa básica dispuesta en el último inciso del artículo 276 del Código del ramo, en la medida que la lógica general es que las pruebas ofrecidas deberán ser admitidas por el juez de garantía para ser rendidas en el juicio oral. Por lo mismo, se ha entendido que se tratan más bien de excepciones a la premisa epistemológica general.

Según Jorge Bofill, “el fundamento de este carácter excepcional se encuentra en que todo aspecto relacionado con el mérito de la prueba sólo puede ser evaluado por el tribunal del juicio oral y con ocasión de éste. Por lo que se excluyen las pruebas que resulten manifiestamente impertinentes, apunten a una dilación indebida o hayan afectado garantías fundamentales”¹⁴⁹.

En suma, en el juicio oral en Chile “se ha recurrido a un mecanismo de selección de enunciados fácticos que apunta tanto a velar por su calidad epistemológica (es decir, por la existencia de un adecuado nivel de conocimiento de los jueces en relación a la realidad referida por los enunciados en competencia) como también por la sujeción a

¹⁴⁹ BOFILL, Jorge. Preparación del juicio oral. Revista Chilena de Derecho, 29 (2):273-281, 2002, p. 278.

ciertos límites en la indagación. No obstante que estos límites puedan redundar en un potencial deterioro de la calidad del conocimiento en el caso concreto.”¹⁵⁰

Ahora junto a las limitaciones provenientes de la pertinencia y utilidad de la prueba, existen restricciones que se instauran como freno a la transgresión de los derechos fundamentales, porque en este punto el legislador chileno no vacila en decretar el rechazo a la prueba obtenida con violación a las normas del debido proceso o los derechos esenciales.

Así expresamente el inciso tercero del artículo 276 del CPP estipula que “el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

De esta manera, el legislador nacional hace suya la idea de que el sistema jurídico no va a tolerar la violación de los derechos de las personas, con tal de alcanzar la verdad, pues el respeto de las garantías constituye una premisa primordial en un Estado de Derecho que se precie de tal¹⁵¹.

De este modo es posible darse cuenta que la prueba ilícita¹⁵² en el proceso punitivo “patentiza la tensión entre la tutela de bienes esenciales de la sociedad a través del proceso penal como medio ineludible de realización del derecho penal, y por otro, la propia libertad y derechos de los ciudadanos a quienes se imputa una lesión de tales bienes esenciales”¹⁵³. Tensión, que el legislador nacional resuelve consagrando el resguardo de las garantías, frente a una mayor eficacia de la ley penal o una persecución punitiva más eficiente¹⁵⁴.

¹⁵⁰ COLOMA. Ob. cit. en n. 102, p. 8.

¹⁵¹ Un caso donde se percata claramente la renuncia a la búsqueda de la verdad en la esfera penal es la prueba ilícita, donde por ejemplo un hallazgo de droga en un inmueble se desestima como prueba, si la sustancia fue encontrada producto de un registro domiciliario irregular.

¹⁵² Para mayor profundidad véase Armenta Deu, Teresa. La prueba ilícita. Madrid, Marcial Pons, 2009.

¹⁵³ ARMENTA. Ob. cit. en n. 55.

¹⁵⁴ Para un estudio de las diferentes razones existentes para aceptar o rechazar la prueba ilícita en el proceso penal, es útil el apunte sobre Aspectos Generales de la Prueba del profesor Maturana. Ob. cit. en n.19. Véase, las páginas 147 y ss.

En el mismo sentido de inadmisibilidad de la prueba ilícita, se deben comprender las disposiciones 195, 196 y 225 del Código del ramo, que instauran una dinámica en el proceso que no admite coacción, amenaza o violencia alguna para conseguir una determinada declaración o resultado investigativo.

A su vez, estas reglas se enmarcan en la lógica general del artículo 9 del CPP, que exige autorización judicial previa para la realización de todas aquellas actuaciones que importen privar a las personas del ejercicio de sus garantías. Asimismo esta novena regla del CPP, debe ser interpretada en conjunto con la disposición 160 de la mentada normativa.

Por ende, de lo visto se deduce que no solamente en el juicio oral se deben resguardar los derechos, sino que el Ministerio Público en la etapa de investigación debe indagar los hechos actuando conforme a la ley. De ahí que si el fiscal necesita realizar diligencias que importen una privación, restricción o perturbación de los derechos fundamentales requiere la aprobación del juez de garantía, sino el acto efectuado adolecerá de nulidad.

En consecuencia, se comprende que la razón de excluir del proceso punitivo la prueba obtenida con infracción a las garantías fundamentales, más que una finalidad utilitaria envuelve un motivo eminentemente ético, dado por la tan necesaria legitimidad del ejercicio jurisdiccional, que exige que en un Estado que se denomina democrático de Derecho la persona tome ribetes centrales, que no podrán desconocerse frente a la necesidad de alcanzar la verdad.

Así, la exclusión de la prueba ilícita no se concibe meramente desde la perspectiva normativa, sino más bien se entiende como una regla moral a seguir en todo proceso. Entonces, “como señala la profesora Pellegrini la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable. En tal orden de ideas, Beling, pionero en el estudio de la prueba ilícita, caracterizó a esta última como el límite de la averiguación de la verdad en el proceso penal.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ PISCOYA. Ob. cit. en n.148.

De esta forma se percata que en la dinámica de la prueba ilícita se contraponen dos intereses, que resultan igualmente válidos para el ordenamiento penal, como lo son el apropiado esclarecimiento de los acontecimientos sometidos a la investigación punitiva; y aquel presupuesto basado en que el proceso y la prueba, se efectúen de modo acorde a las garantías estatuidas por el sistema jurídico. Claramente, el sistema patrio opta por darle preponderancia al segundo interés.

Asimismo esta elección trae aparejada ciertas limitaciones, como por ejemplo que en determinados casos se instauren prohibiciones de valoración. Lo que sin duda es una “cuestión es sociológicamente muy polémica, porque la ciudadanía acostumbra a no entender los “peros” jurídicos a la valoración de ciertas pruebas que, todo hay que decirlo, han podido llevar auténticamente a la averiguación de la realidad de los hechos”¹⁵⁶.

Sin embargo, se concluye que a pesar de todos los “peros” que puedan existir al optar por la inadmisibilidad de la prueba ilícita, el legislador chileno toma esa elección como norma del sistema jurídico, al concebir que para que un proceso penal sea coherente como mecanismo de atribución de responsabilidad, la indagación de la verdad debe ser acorde al respeto de las garantías esenciales de la persona, de modo que el proceso punitivo sea erija como un sistema eficaz y legítimo frente a la ciudadanía.

6. Valoración de la prueba.

Para un adecuado análisis de la valoración de la prueba en el proceso penal chileno, es necesario comprender la importancia que se le asigna a ésta en el ordenamiento punitivo interno. Para lo cual resulta útil acudir al mensaje del Código de Procedimiento Penal, pues éste entrega una buena pista sobre la magnitud que envuelve la

¹⁵⁶ NIEVA Fenoll, Jordi. La Valoración de la Prueba. Marcial Pons 2010, p.190.

apreciación probatoria en el ámbito punitivo, al aseverar que “la valoración de los medios de prueba establecidos por la ley es posiblemente la cuestión de mayor relevancia en el ordenamiento penal”.

La trascendencia que poseía la apreciación de la prueba en el antiguo ordenamiento chileno, aún sigue en vigor en la actualidad, y ello se debe en gran medida a que la valoración probatoria es el “juicio de la aceptabilidad de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba. Más exactamente... consiste en evaluar si esas afirmaciones (en rigor, hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas”¹⁵⁷. Por lo tanto, valorar no sólo constituye verificar las afirmaciones sobre los hechos incorporadas al proceso, a través de los medios probatorios; sino más bien, consiste en reconocer a los enunciados fácticos un cierto peso en la convicción del tribunal. Lo que a su vez, incide directamente en la necesidad de motivar la sentencia y de alcanzar una decisión que sea fruto de un proceso racional¹⁵⁸.

Una vez entendida que la valoración no remite únicamente a la determinación de los medios probatorios admisibles en el juicio, se debe tener en cuenta que a lo largo del tiempo, han existido una serie de sistemas para apreciar la prueba. Así, clásicamente se ha distinguido entre el régimen legal, de libre convicción, y de sana crítica. Sin embargo, en este subcapítulo de la tesis, se dividirán en dos los sistemas valorativos, uno dado por la prueba tasada, y el otro, por la prueba racional.

El primero de éstos, dice relación con el régimen que presidía el antiguo modelo de procedimiento chileno, esto es, que el legislador determina ex ante los medios probatorios, su valor, la forma de rendirlos en el juicio y el modo de apreciarlos.

¹⁵⁷ GASCÓN Abellán, Marina. La prueba judicial. Valoración racional y motivación [en línea] <http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pd> [consulta: 29 julio 2011]

¹⁵⁸ Específicamente la interrelación que alcanza el sistema de valoración probatoria con la fundamentación del fallo y la racionalidad del proceso penal, se analizará en las Conclusiones de la memoria, por lo que su examen y sus implicancias se dejarán hasta aquí, en vista de que lo que involucra esta problemática se tratará más adelante.

De esta manera, el sistema tasado constriñe al juez a seguir la valoración que el legislador le conceda a la prueba, con independencia de si el juzgador está o no convencido de que esa apreciación sea la apropiada al caso concreto.

Justamente por la excesiva rigidez, se dejó de lado el régimen de valoración legal y se introdujo un sistema que se atiene a una mayor libertad al apreciar la prueba; el que se encuentra expresamente recogido en la disposición 295 del CPP que reza que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio de prueba producido e incorporado en conformidad a la ley¹⁵⁹.

He ahí como se instaura en Chile, un modelo identificado con la ausencia de reglas que determinen el valor del medio probatorio, y con la libertad para verificar los enunciados de hechos con cualquier medio.

No obstante, lo que había surgido para terminar con las rigideces del anterior sistema, fue interpretado restringidamente, de tal modo que se tergiversaron los presupuestos de la libre apreciación de la prueba, hasta el punto de traducir libertad probatoria en prueba libre. De esta forma se asemejó erróneamente, la libertad en la valoración, a la íntima convicción.¹⁶⁰

En consecuencia, el nuevo sistema se identificó con la idea de que no existían límites en la valoración, así el juez no debería someterse a regla racional alguna, y por ende, su actuar estaría guiado únicamente según lo que le dictaminaren sus sentimientos. En efecto, la decisión judicial al estar sujeta exclusivamente al estado psicológico del juzgador, se desligaba de toda posibilidad de ser controlada; por eso

¹⁵⁹ La misma lógica sigue el legislador chileno respecto de los medios que no se encuentran regulados expresamente, al estipular al final del artículo 323 del CPP, que se puede admitir cualquier medio apto para producir fe.

¹⁶⁰ El sistema de íntima convicción se caracteriza por no exigirle al juzgador dar razón alguna de su decisión, en el entendido de que la apreciación de la prueba corresponde a un momento sublime, casi mágico, por lo mismo no justificable razonablemente. De allí que en este régimen la motivación del fallo no ocupe papel alguno, ni tampoco cumpla un rol esencial el control de racionalidad por parte de terceros, en la medida de que el juez al valorar la prueba actúa acorde a su fuero interno, el cual puede ser fruto de un mero instinto o una intuición, sin mayor fundamento lógico. Por tanto, se descarta este criterio de valoración, ya que la íntima convicción por sí misma no demuestra nada.

desde esta óptica, teóricamente el juez no podría equivocarse, ya que su decisión al responder a su creencia personal, se construye con independencia de los elementos de prueba que se rindan en el proceso; de ahí que para esta concepción, la fiscalización resulte un ejercicio de imposible realización.

Por consiguiente, se incurre en una grave equivocación si se identifica la libre valoración de la prueba con el convencimiento psicólogo del juez, pues asimilar aquello implicaría despojar a la prueba del rol crucial que envuelve, en tanto mecanismo racional que posibilita el control del resultado jurisdiccional por parte de la sociedad. Entonces, si la libre valoración se tradujera en el estado mental del juzgador, se restringiría el derecho a la prueba a la mera garantía de incidir en el convencimiento del juez; y asimismo, se debilitarían totalmente las exigencias de fundamentación, porque si la sentencia dependiera únicamente de la creencia personal del juzgador, la decisión que se adopte lo sería indiferentemente del caso en el cual se sitúa.

En otros términos, la asimilación de la libre valoración a un creencia subjetiva del juez “pone a la exigencia de fundamentación en un callejón sin salida. Eso porque las creencias son algo que nos sucede, algo cuya ocurrencia no depende de nuestra voluntad, y puesto que sólo los actos voluntarios admiten justificación, no habría entonces posibilidad de justificar el resultado de la valoración de la prueba realizada por el juez”¹⁶¹.

En igual sentido, criticando la comprensión que asimila la libre apreciación a íntima convicción, Igartúa Salaverría efectúa una comparación de la labor judicial con la científica, estableciendo que “ningún matemático confundiría la demostración de un teorema, o ningún científico la verificación de un aserto, con una página de su diario personal o con una historia de vida”¹⁶², como sí lo estaría haciendo el juez en esta interpretación del sistema de valoración.

¹⁶¹ ACCATINO Scagliotti, Daniela. La fundamentación de la declaración de los hechos probados en el nuevo proceso penal, un diagnóstico [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art01.pdf>> [consulta: 26 agosto 2011]

¹⁶² IGARTÚA Salaverría, Juan. Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n° 30, julio 2000, p. 63.

Se hace ineludible abandonar la noción subjetivista de prueba y sustituirla por una concepción que permita hablar del fundamento de la sentencia sobre la base de la prueba, y a su vez, posibilite mostrar la fiabilidad y el perfil relacional referente a los elementos de juicio, debido a que como postula Daniela Accatino, una vez que el sistema de libre valoración de la prueba deja de ser comprendido “como criterio positivo de decisión que remite a la creencia subjetiva del juez y pasa a ser concebida como una regla negativa, que excluye la tasación legal de la prueba, pero que no libera al juez de la sujeción a estándares generales de racionalidad, la motivación de las conclusiones probatorias adquiere un papel protagónico como garantía y herramienta de control de su racionalidad.”¹⁶³

Por lo tanto, cuando se habla de libre valoración de la prueba, la libertad a la que se hace mención no significa que el juez pueda dictar cualquier decisión, sino la libertad se traduce en que el juzgador frente a ciertos elementos probatorios no se encuentra sujeto a adoptar una determinada resolución.

En efecto, como afirma “Vásquez Sotelo, la libre valoración de la prueba debe entenderse como libertad responsable, es decir, libertad para valorar la prueba unida a la responsabilidad de tener que hacer constar y explicar las razones de su convencimiento.”¹⁶⁴

En otras palabras, la garantía de libre valoración de la prueba no implica un resultado probatorio definido, sino que el juez sea quien establezca el criterio racional de valoración, de modo que la decisión adoptada resulte justificada a través de la prueba rendida en el juicio. Lo que a su vez, hace posible el derecho de defensa y el control de las sentencia por parte de la ciudadanía.

Entonces, “dentro de una concepción racional de la justicia, y particularmente de las pruebas, la convicción que lleva a una decisión debe ser la conclusión lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba. Pasa así del estado de simple creencia subjetiva al de un verdadero conocimiento subjetivo, comunicable y controlable. Este es el modo por el cual la

¹⁶³ ACCATINO. Ob. cit. en n. 161.

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ. Ob. cit. en n. 36, p.144.

verdad judicial puede aspirar positivamente a poseer un carácter impersonal que se imponga a todos.”¹⁶⁵

Desde esa óptica se construye el sistema de valoración nacional, y específicamente el precepto 297 del CPP, que si bien no denomina la regla de apreciación probatoria a seguir, establece por medio de sus requerimientos el sistema de sana crítica. Esto, puesto que el legislador nacional al exigir que los tribunales aprecien la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia¹⁶⁶ y los conocimientos científicamente afianzados, está optando por el sistema de libre convicción o sana crítica¹⁶⁷.

Justamente la sana crítica surge como respuesta a dos tendencias opuestas, la libertad y la rigidez. La primera regla responde a la concepción que rechaza que el tribunal esté amarrado a un sistema fijo y riguroso en la apreciación de la prueba; por ende, propugna que no debe constituirse límite alguno que restrinja a priori la valoración. Mientras la segunda tendencia, se erigió como freno a la arbitrariedad judicial, estableciendo ex ante, reglas dadas por el legislador que determinen

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 237.

¹⁶⁶ Para Friederich Stein a quien se debe la incorporación de la noción de las máximas de experiencias en el derecho procesal, éstas son “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”¹⁶⁶. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Bogotá, Temis, 1988, p.188.

Sin embargo, Taruffo en su texto “Narrativas Judiciales” critica esta noción, porque sólo hace referencia a ideas etéreas, que no entregan un contenido determinado y reconocible a esta herramienta. De ahí que, para este autor, podrían ser satisfechas con cualquier contenido, constituyendo “un cajón de sastre” abierto a posibles arbitrariedades.

¹⁶⁷ Si se recurre a lo que ha dicho la doctrina germana al respecto, se concibe que el sistema actúa sobre la base de la convicción del juez, que se construye por medio de lo alegado en la etapa de discusión y del resultado de la rendición de prueba. En efecto, esta fórmula abarcaría dos aspectos: uno positivo, porque todo lo que ha sido objeto del debate y de la prueba es considerado en la sentencia (salvo que existan prohibiciones de valoración); y el segundo aspecto se estima negativo, pues el juez al formarse la convicción únicamente puede considerar aquello que fue objeto del debate. Información extraída de los apuntes de clase Derecho Procesal Penal del profesor Raúl Nuñez, precisamente del curso dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el segundo semestre del año 2007.

Ergo, aquí surge la interrogante de ¿qué pasa con el saber privado del juez? Por regla general éste no se utiliza, a excepción de que se trate de un hecho público o notorio.

El conocimiento privado del juez constituye otro tema complejo en el proceso que se puede estudiar en profundidad en: STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Bogotá, Temis. 1999. 242p.

estrictamente cada medio probatorio, su valor, la forma de rendirlo, entre otros elementos.

Desde esta dinámica se instaura en el ordenamiento nacional la sana crítica, en la medida que la libertad “tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando, al explicar cómo llegó a ellas, los principios de la recta razón”¹⁶⁸ He ahí como se concibe que el sistema de la sana crítica o persuasión racional ineludiblemente involucra otorgarle mayor libertad al juzgador en la apreciación probatoria; no obstante, asimismo involucra darle una mayor responsabilidad y confianza, ya que como sostiene Giulio Ubertis “la discrecionalidad implica la racionalidad y ésta implica a su vez, una aprehensión analítica y completa de todos los elementos que, incidiendo sobre el valor cognoscitivo que el juez atribuye a la prueba, son en último análisis determinantes a los fines de la verificación judicial de los hechos”¹⁶⁹.

En suma en el proceso penal chileno, el tribunal debe “extraer, de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicos aceptables. A continuación, sobre la base de estos datos, debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables...En cierto sentido, lo que no puede ser racionalmente elaborado no existe a los efectos de la correcta valoración de la prueba.”¹⁷⁰ Por lo mismo, el referido artículo 297 del CPP estipula que la valoración de la prueba en la sentencia “requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados”.

Por lo tanto, se debe colegir que de lo visto en esta sección del trabajo “no cabe extraer la idea de que el convencimiento judicial sea irrelevante; por el contrario, juega

¹⁶⁸ CAFFERATA Nores, José. La prueba en el proceso penal, 4° ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 47.

¹⁶⁹ UBERTIS. Ob. cit. en n.146, p. 73.

¹⁷⁰ TARUFFO. Ob. cit. en n. 20, p. 84.

un papel crucial, pero es necesario conectar dicho convencimiento con dos ideas: la de su racionalidad (derivada de su carácter intersubjetivo) y su correspondencia (a nivel aproximativo) con la realidad de los hechos enjuiciados. Por tanto, no es suficiente que la conclusión se derive racionalmente de la prueba practicada, sino que es necesario que dicha conclusión sea verdadera”¹⁷¹.

7. Estándar de prueba.

En este subcapítulo del trabajo se examinará el estándar probatorio existente en el proceso penal chileno, en la medida que es vital para el adecuado funcionamiento del sistema punitivo nacional determinar a priori el nivel exigido al juzgador para condenar a un individuo.

Justamente por la relevancia que envuelve el estándar de prueba en el ordenamiento criminal, se entiende que una adecuada precisión de su alcance resulta esencial para la buena marcha del proceso; de ahí que en esta sección de la tesis se intente esclarecer lo que involucra el referido estándar.

Desde este enfoque, se comprende que como sistema penal “necesitamos establecer un umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada...para fijarlo es necesario atender a valoraciones de política legislativa. En otros términos, es la propia estructura del razonamiento la que exige mostrar que se ha superado determinado nivel de corroboración de una hipótesis fáctica para justificar que se acepte como probada.”¹⁷²

Entonces, la determinación del estándar es una decisión netamente política, que remite directamente al nivel probatorio exigido en el proceso punitivo, y específicamente a la discusión de cuantas absoluciones falsas se van a permitir como

¹⁷¹ FERNÁNDEZ. Ob. cit. en n. 36, p.33.

¹⁷² FERRER. Ob. cit. en n. 30.

sociedad, con tal de impedir una condena errónea. Por este marcado carácter político que conlleva el grado de prueba, se afirma adecuadamente, que el estándar probatorio en el ámbito penal, constituye la voz de la ideología político-criminal que acoge una determinada nación.

Al respecto, no existen fundamentos cognoscitivos para optar por uno u otro estándar, sino más bien la elección del nivel de exigencia corresponde a las decisiones políticas que adopte cada comunidad para sí misma. Eso sí, cualquier elección del estándar probatorio debe considerar que éste tiene que ir más allá de las meras creencias del juzgador, de modo que permita el control sobre la actividad jurisdiccional. Por ende, el grado de prueba exigido debe ser acorde a criterios lógicos y racionales que permitan la posterior comprobación. Asimismo, en palabras de Jordi Ferrer, “como expresión de determinadas preferencias políticas compartidas en nuestras sociedades: el estándar debe incorporar la preferencia por los errores negativos frente a los positivos para dar cuenta de los valores sociales garantistas.”¹⁷³

En suma, el estándar probatorio es fundamental para el proceso penal, no sólo por lo que involucra a nivel político como sociedad, en la medida que envuelve la adopción de una u otra ideología punitiva; sino también pues resulta esencial para la seguridad jurídica, porque ésta requiere que el estándar de prueba con el cual se van a considerar las afirmaciones fácticas, sea conocido antes de la dictación de la resolución; además, ya que el estándar es primordial para efectuar una valoración racional de la prueba y el posterior control de ésta; y por último, pues resulta vital para asegurar la presunción de inocencia, al determinar el umbral que permite conocer cuando se ha derrotado realmente esta garantía.

Concretamente si se remite al ordenamiento punitivo interno, se percatará que el artículo 340 del CPP entrega una respuesta al debate planteado, al consagrar la idea de que “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él le hubieren correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”. A su vez, esta normativa

¹⁷³ FERRER. Ob. cit. en n. 66, p. 146.

resulta aún más rigurosa, al agregar el requerimiento de que “no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.”

Pues bien, como se percata por la normativa transcrita, el legislador chileno ha decidido erigir como estándar probatorio el criterio de más allá de toda duda razonable. Sin embargo, a este nivel de exigencia no se le ha dotado de un contenido específico que lo explique. Por eso surge la interrogante de ¿cuál es el significado y el alcance que conlleva?

Según Etcheberry, las definiciones que se han propuesto en la materia han sido “divergentes, confusas y tautológicas, al punto de que ha habido quienes propugnan, allí donde se usa, su supresión total”.¹⁷⁴

No obstante, estas voces críticas no han sido atendidas por el legislador chileno, quien ha fijado este criterio como estándar de prueba en el proceso penal nacional.

En este punto, los conocedores de la materia han indicado que este estándar constituye una noción genérica, y que independiente de las tentativas que se efectúen por delimitarlo, siempre permanecerá un espacio de incertidumbre que no permitirá obtener una idea clara sobre lo que realmente implica.

Sin embargo, a pesar de la dificultad de concreción, Fletcher intentó definir el referido estándar a través de una aproximación numérica a la certeza exigida. Así, este autor concluye que para fijar el estándar de más allá de toda duda razonable se requiere que exista un 99% de posibilidades de que los eventos acontecieran de esa forma. Lo que no deja de ser peculiar si se considera el ámbito en el cual se inserta, y la imposibilidad de aplicar en la práctica judicial tal padrón. Por lo mismo, consciente del alto grado de indeterminación que envuelve este criterio, en este subcapítulo de la memoria se buscará entregar ciertos elementos que posibiliten estructurar este estándar, de modo de reducir el ámbito de incertidumbre existente en esta materia.

¹⁷⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. ¿una duda razonable? [en línea] <http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/cont_actividades_detalle.html&idart=603&idcat=140&nseccion=actividades%20y%20noticias%20%3A%20BFUna%20duda%20razonable%3F%20por%20Alfredo%20Etcheberry> [consulta: 2 septiembre 2011]

Precisamente para especificar el nivel de prueba vigente en Chile, resulta útil referirse al origen de donde emana el criterio.

Al respecto, un sector de los teóricos piensa que el ordenamiento nacional siguió al *beyond a reasonable doubt* del sistema norteamericano. No obstante, otra parte de la doctrina estima que esta fórmula no proviene del derecho anglosajón, sino de Inglaterra donde se instituyó en el jurado, para que el acusado gozara del favor de la duda.

Independientemente de esta divergencia teórica, lo esencial es entender que el estándar de más allá de toda duda razonable se erige como un innovador criterio probatorio en el proceso penal chileno, que resuelve el grado de convencimiento requerido en el sistema punitivo nacional.

Así, exclusivamente se podrá adquirir convicción para condenar, cuando se alcance certeza positiva sobre la ocurrencia del delito y la participación que tuvo el acusado en éste, más allá de toda duda razonable. Es decir, más allá de una “duda que llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancia para ellos mismos. Es una duda basada en evidencia o falta de evidencia”¹⁷⁵.

En consecuencia de lo expuesto es posible deducir, que el criterio probatorio elegido por el legislador nacional supone “una exigencia especialmente rígida, desde un punto de vista cualitativo, a la actividad que debe desarrollarse para obtener una sentencia condenatoria y, en último término, implica la absolución del acusado cuando no se alcance dicho estándar probatorio.”¹⁷⁶ De este modo, el ordenamiento nacional le otorga un resguardo efectivo a la presunción de inocencia como derecho fundamental.

Ahora, para precisar aún más el estándar probatorio nacional se remitirá a los requerimientos configurados por Mercedes Fernández. En síntesis, esta doctrinaria plantea que el criterio de más allá de toda duda razonable se satisface si hay, entre otros requisitos, credibilidad, firmeza a lo largo del procedimiento y corroboración

¹⁷⁵ MATURANA. Ob. cit. en n. 19, p. 209.

¹⁷⁶ FERNÁNDEZ. Ob. cit. en n. 36, p. 23.

mediante datos objetivos¹⁷⁷. De esta manera, se lograrían estrechar los márgenes de discrecionalidad y se reduciría el riesgo de equivocaciones judiciales al momento de apreciar la prueba.

Por lo tanto, y a modo de conclusión, se colige que en el ordenamiento patrio, el legislador resuelve el nivel de exigencia por medio de la disposición 340 del CPP, que fija un estándar probatorio dado porque la condena se establezca solamente si el juzgador ha logrado una convicción más allá de toda duda razonable. Entonces, si existieren fundadas incertidumbres sobre la culpabilidad o la participación, el tribunal debería absolver al acusado.

8. Prueba y averiguación de la verdad.

A pesar de que a lo largo de este capítulo se realizaron en cada uno de los elementos que configuran la prueba, las debidas interrelaciones con la indagación de la verdad, este apartado se inserta en la presente investigación porque se considera que es relevante efectuar un análisis general de la dinámica existente entre la prueba y la búsqueda de la verdad en el proceso penal nacional. Este es el propósito que guiará esta sección final.

Para lograr el objetivo trazado, es menester tener en cuenta lo que señala Julio Maier al respecto, esto que el proceso punitivo “aspira a hacer esplender la verdad acerca de la imputación inicial; parte teóricamente de la duda, en sentido estricto, de una hipótesis a averiguar, y persigue incorporar la prueba necesaria para conocer la verdad”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Para un análisis más profundo de lo que involucra el estándar de más allá de toda duda razonable véase el artículo: La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable de Mercedes Fernández López [en línea] <<http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>> [consulta: 2 septiembre 2011]

¹⁷⁸ MAIER. Ob. cit. en n. 10, p. 569.

Así, en este contexto si bien se entiende que la búsqueda de la verdad se encuentra limitada, su indagación resulta esencial como propósito último del proceso penal, ya que permite hablar de las resoluciones judiciales en términos de validez, al construirse la decisión en torno a lo que se verificó en el proceso, el que a su vez, debe atenerse a lo que se estableció en la realidad.

Por consiguiente, el proceso penal constituye un mecanismo institucionalizado de indagación de la verdad, donde la prueba actúa como “el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Ahora bien, dadas las limitaciones de ese medio, la presencia del medio (la prueba) no garantiza la obtención del fin (la verdad)”¹⁷⁹; de ahí que lo probado no se puede asimilar a lo verdadero, debido a que “conceptualmente cabe la posibilidad de que un enunciado esté probado y que, contemporáneamente, sea falso. Es más, nunca podemos tener la certeza racional de que un enunciado empírico es verdadero. Un enunciado será aceptable como verdadero si tiene suficientes elementos de juicio a su favor o, más estrictamente, si está suficientemente corroborado por los elementos de juicio existentes. Ésta es, pues, una noción epistémica y objetiva de prueba. Y esto es lo mejor que podemos hacer para maximizar las probabilidades de correspondencia entre lo que se declara probado y lo verdaderamente ocurrido en el mundo”.¹⁸⁰ Ergo, la aceptación de una proposición como verdadera pasa por el hecho de que posea suficientes elementos de juicio a su favor que permitan declararla como probada.

Concebida de esta manera, la prueba se instaura en el proceso penal bajo dos presupuestos básicos: uno establecido por la pretensión de conocer los sucesos efectivamente acontecidos, y el segundo dado porque se asume la relatividad del conocimiento alcanzado, en tanto se comprende que la verdad en el contexto procesal se conceptualiza como relativa.

De esta forma, se logra identificar la prueba con una concepción cognoscitiva, que a través de una actitud epistémica, y no dogmática sobre la materia, posibilita distinguir lo verdadero de lo probado, y al mismo tiempo “permite sostener la hipótesis de que

¹⁷⁹ FERRER Beltrán, Jordi. Prueba y verdad en el Derecho. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 31.

¹⁸⁰ FERRER. Ob. cit. en n. 66. p. 20.

un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles”¹⁸¹

Por lo tanto, la prueba en el proceso punitivo más que como un componente persuasivo, actúa como un elemento de conocimiento, y también de justificación.

Específicamente como criterio cognoscitivo, la prueba “sirve de fuente de conocimiento de hechos pasados, de signo presente que permite arribar, por medio de operaciones inferenciales, al conocimiento de los hechos.

Como factor de justificación de las decisiones judiciales, que sólo podrán ser consideradas válidas en tanto y en cuanto contengan una explicación racional de las inferencias”¹⁸² efectuadas, fundamentadas justamente en los elementos de prueba incorporados en el juicio.

En consecuencia, desde la óptica del ordenamiento criminal, la prueba constituye el “fundamento de la administración de justicia porque otorga al órgano jurisdiccional la convicción necesaria para valorar la veracidad o falsedad, o existencia o inexistencia de las afirmaciones efectuadas por los intervinientes en el curso del proceso penal, con la finalidad de acreditar o desvirtuar los hechos fundantes de la imputación penal.”¹⁸³

De ahí se deriva la importancia de la prueba como presupuesto fundamental del sistema punitivo, y se comprende porque los dogmáticos en la materia afirman con tanta vehemencia que “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”, que “sin prueba no hay proceso”, que “la prueba es el espíritu del juicio y la fuerza que mueve todo el aparato procesal”.

En resumidas cuentas, y en palabras de Bentham, el “arte del proceso no sería substancialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”.

¹⁸¹ FERRER. Ob. cit. en n. 179.

¹⁸² GUZMÁN. Ob. cit. en n. 26. p. 100.

¹⁸³ AGUILAR Aranela, Cristián. La prueba en el proceso penal oral. Teoría general de la prueba y medios de prueba en particular. Santiago, Metropolitana, 2003, p. 11.

Para dejar aún más en claro la relevancia de la prueba dentro del ámbito normativo, es útil aquí efectuar un paralelo, acudiendo a la personificación de la justicia en la mujer de ojos vendados con una espada en la mano y una balanza en la otra; por medio de esta figura, queda patente que el juzgador en su actuar jurisdiccional oscila entre condenar o absolver, y es la prueba la que inclina la balanza para uno u otro lado, pues en la médula de la convicción de los juzgadores se encuentra la prueba; de tal manera, que la suficiencia o la falta de ésta es lo que determinará su decisión.

Entonces desde la racionalidad del proceso, la prueba juega un rol crucial dentro del ordenamiento punitivo, no como fin último de éste, sino como aquello que posibilita alcanzar los propósitos que el proceso persigue; de modo de entregar una respuesta dotada de correspondencia con lo acaecido en el plano fáctico, ya que “la certeza, aun no absoluta, a la que aspira un sistema penal de tipo garantista no es ya que resulten exactamente comprobados y castigados todos los hechos previstos por la ley como delitos, sino que sean castigados sólo aquellos en los que se haya probado la culpabilidad por su comisión”¹⁸⁴.

En este sentido la prueba cumple un papel fundamental en la esfera normativa, al erigirse como el fundamento que requiere el juez para imponer una sanción, en la medida que la garantía esencial de un ordenamiento penal que se denomine de Derecho está dada porque la prueba que se rindió en el juicio sea lo que condene, y no el tribunal; es decir, la prueba como fundamento irremplazable de la condena, constituye la principal protección que posee un individuo frente a la arbitrariedad penal.

Por lo mismo, se dice que en el contexto normativo la prueba posibilita hablar de verdad en términos de suficiencia, en cuanto permite que un enunciado sobre los hechos, ya sea tanto de la acusación como de la defensa, tenga la calidad de verdadero al encontrarse corroborado por suficientes componentes de juicio. Éstos actúan de modo de terminar con la incertidumbre original, al otorgarle al proceso y a la decisión judicial en sí, elementos bastantes para concluir en una resolución dotada de realidad y racionalidad.

¹⁸⁴ FERRAJOLI. Ob. cit. en n. 22, p. 106.

De esta forma, el proceso penal como “marco institucional adopta la búsqueda de la verdad (a través del procedimiento probatorio) como finalidad última y justificatoria de su propósito de resolución aceptable de conflictos sociales. Y en este sentido en su tarea de reconstrucción histórica el órgano jurisdiccional desarrolla la valoración de la prueba, de modo de llegar a hacerse un juicio lo más acertado posible sobre el modo en que los hechos ocurrieron.”¹⁸⁵

Por tanto, la prueba en el proceso penal se instaure como el “punto de partida para el ejercicio acabado de la función jurisdiccional en la administración de justicia, al constituir el antecedente de que se servirá la sentencia para declarar la culpabilidad o inocencia del acusado, por los hechos fundantes de la imputación penal”¹⁸⁶; de modo tal que la decisión judicial se atenga a la verdad de los acontecimientos, que tienen como fundamento la prueba.

En síntesis, la prueba posibilita que la sentencia se construya a partir de la verdad; así, la resolución “estará justificada si la proposición fáctica está probada. A su vez, una proposición sobre los hechos está probada si ésta resulta aceptable racionalmente, esto es, si existen en el expediente judicial elementos de juicio suficientes a su favor. Esas condiciones...se remiten a la racionalidad y la epistemología generales”¹⁸⁷. Precisamente estas exigencias son las que permiten asignarle a la prueba un rol esencial dentro del proceso penal, en tanto la prueba satisface no sólo la necesidad epistemológica de que la decisión demuestre la correspondencia de los hechos imputados con la realidad concreta, sino también cumple a cabalidad el requerimiento de racionalidad que debe tener toda respuesta jurisdiccional.

Por consiguiente, de lo expuesto se deduce que el vínculo teleológico entre prueba y verdad resulta “inescindible de la concepción de derecho como conjunto compuesto

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ. Ob. cit. en n. 36, p. 36.

¹⁸⁶ AGUILAR. Ob. cit. en n.183, p. 14.

¹⁸⁷ FERRER. Ob. cit. en n. 68, p. 33.

de normas generales y abstractas, que necesitan de la función judicial para poder cumplir su objetivo de motivar las conductas individuales¹⁸⁸.

Esta relación dinámica entre prueba, indagación de la verdad y proceso penal a la que hace mención Jordi Ferrer, se establece en el sentido de que el Derecho para cumplir con uno de sus cometidos esenciales, como lo es la regulación de la conducta de las personas, requiere satisfacer adecuadamente la exigencia de que el proceso punitivo (como mecanismo de atribución de responsabilidad) aplique las consecuencias normativas de sus disposiciones, solamente cuando se han generado realmente los hechos que supeditan las referidas consecuencias. Y ahí es donde la prueba viene a jugar un rol trascendental, al ser la que debe verificar si efectivamente se han dado esos sucesos condicionantes. En otras palabras, la prueba es la que finalmente reconoce el valor de la verdad de las afirmaciones fácticas, que describen su ocurrencia.

Por lo tanto, resulta correcto cuando doctrinarios como Taruffo, Ubertis, González Lagier, Igartúa, Ubertis, Ferrer e Ibáñez sostienen que “el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos¹⁸⁹”.

¹⁸⁸ FERRER. Ob. cit. en n. 66, p. 31.

¹⁸⁹ GASCÓN. Ob. cit. en n.157.

CAPÍTULO V.

LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD EN RELACIÓN A LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA Y A LA LEGITIMIDAD DE LA LABOR JUDICIAL.

Puede resultar curioso el título que denomina el quinto capítulo de esta tesis, ya que a primera vista resulta difícil vincular directamente la finalidad de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, con la motivación que deben tener las resoluciones, y a su vez, con la legitimidad que debe impregnar la labor judicial.

Sin embargo, a pesar de que la interrelación entre estos conceptos puede parecer extraña, se considera adecuado tratarlos en este capítulo de cierre de lo teórico, pues se estima que para darle coherencia a lo visto a lo largo de la memoria, es esencial en último lugar, efectuar un análisis que conecte la finalidad particular de la indagación de la verdad, con la necesidad de dar una respuesta satisfactoria a la demanda que exige que se erija un sistema, no sólo coherente normativamente, sino también que sea legítimo en su tarea de administrar justicia.

Para lograr el cometido planteado, ex ante se requiere examinar sucintamente lo que conlleva la motivación de las decisiones judiciales, en tanto qué comprende, cuál es su importancia en el proceso, el rol que cumple en el ordenamiento, la interrelación existente con la búsqueda de la verdad, entre otros elementos que tienen relevancia en la materia.

1. Motivación de las sentencias.

1.1. Noción de la motivación.

Para comprender a cabalidad lo que envuelve la motivación de las sentencias en el proceso penal, y su interrelación con la verdad y la legitimidad de la tarea judicial, es menester estructurar una idea de fundamentación que sea adecuada.

Para ello en primer lugar se recurrirá al concepto ordinario de este término; así, a grandes rasgos motivación significa acción y efecto de motivar, esto es, explicar o dar la razón que se ha tenido para realizar una cosa.

No obstante, por lo genérico de la definición, se complementará la acepción dada con lo que estipula Muñoz Conde al respecto. Precisamente para este autor, motivación consiste en la “explicación racionalmente fundada de los argumentos por los que se ha llegado a una determinada valoración, es la lógica consecuencia de una concepción del proceso penal respetuosa con los derechos fundamentales”¹⁹⁰

A su vez, lo anterior en términos normativos, se traduce en que el tribunal debe dar las razones de por qué adoptó determinada decisión, y no meramente del resultado alcanzado, sino además debe dejar constancia de cómo se alcanzó éste, a través de qué medios, y un sin fin de elementos más que permitan comprender a la sentencia como una suma de justificaciones coherentes.

En similar sentido, se manifiesta Taruffo al identificar la motivación del fallo con la determinación del iter lógico-jurídico, por medio del cual el tribunal ha alcanzado su resolución. En efecto, la fundamentación de las resoluciones judiciales envuelve el establecimiento de la prueba rendida, los criterios de valoración empleados y el fruto de esa apreciación, de tal modo que posibilita la reproducción del razonamiento utilizado por el juez, para llegar a las conclusiones que se fijan en la sentencia.

¹⁹⁰ Muñoz Conde, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal [en línea] <http://www.almendron.com/politica/pdf/2003/spain/spain_0193.pdf> [consulta: 31 agosto 2011]

1. 2. Importancia de la motivación.

En este apartado del trabajo no se requiere efectuar una exposición de los enfoques que sustentan los diferentes autores sobre la relevancia que tiene la motivación de las decisiones judiciales en el ordenamiento jurídico. Esto, no resulta necesario porque en este punto de la materia, la doctrina es conteste en considerar que la fundamentación de las sentencias constituye uno de los presupuestos centrales de un sistema normativo que pretenda definirse como racional, así, y en palabras de Calamandrei, es posible sintetizar la trascendencia que tiene la motivación en el proceso jurídico, al concebirla como el símbolo más significativo y característico de la racionalización de la función judicial.

Una vez percatada la unanimidad que existe en torno a la relevancia de la fundamentación de los fallos, es pertinente preguntarse ¿de dónde deriva esa importancia?

Según los doctrinarios, la preponderancia que tiene la exigencia de motivación, y concretamente, la fundamentación de los hechos en el fallo penal, reside no propiamente en argumentos de carácter intraprocesal, sino especialmente en criterios externos al proceso, o políticos. Ello, en tanto que con la motivación se procura hacer factible el control sobre la tarea judicial, de modo que el ejercicio del poder judicial se atenga a la racionalidad.

Específicamente, en la determinación de lo fáctico, es donde el tribunal tiene un mayor poder; por eso, en este punto es donde se requiere un mayor control.

En síntesis, de la necesidad de examen de la labor judicial, se deriva en parte, la importancia que alcanza la motivación de las sentencias en el ordenamiento, como exigencia esencial que permite fiscalizar la potestad concedida al juzgador para realizar su tarea racionalmente.

Por consiguiente, la exigencia de fundamentación involucra “exigencias formales, pero con un profundo contenido político-garantista. Ello se explica porque la sentencia

es el momento de ejercicio del poder judicial, ya que en la reconstrucción de los hechos es donde el juez es más difícilmente controlable.”¹⁹¹ Por lo mismo, según el trasandino Rubén Chaia, “la argumentación racional es entonces el centro de la actividad judicial, el magistrado no sólo debe guiar el proceso por el camino de la legalidad, sino que debe brindar las explicaciones sobre lo que hace o deja de hacer, propendiendo a buscar fundamentos que puedan ser en cierta manera objetivables, rebatibles, controvertidos, incluso revisables por instancias superiores y controlados por la sociedad”¹⁹²

En conclusión, fundamentar los fallos es trascendental, ya que permite y garantiza mantener el control democrático sobre el actuar de los jueces, en la medida que posibilita mostrar “cómo ha sido estudiada la causa, si se han respetado los límites de la acusación, si se valoraron las pruebas sin descuidar elementos decisivos fundamentales, si se ha razonado con lógica y teniendo en cuenta los principios de la experiencia, y también si se han aplicado las normas legales según su justo criterio de adecuación. La fundamentación permite que los interesados puedan conocer las razones que sostienen el decisorio y las premisas que otorgan sustento al pronunciamiento. Asimismo, ello le brindará al tribunal ad quem la disposición de los elementos necesarios para efectuar su control.”¹⁹³

Entonces, como apunta el mensaje del Código del ramo hay que “devolver a las decisiones judiciales, y en especial a la sentencia judicial, su plena centralidad como forma de control y legitimación de la utilización de los métodos represivos”¹⁹⁴; pues, no es posible olvidar que el fallo constituye la decisión que el tribunal entrega para la resolución del conflicto en particular; por ende, la sentencia debe ser una resolución entendible para los particulares, de modo que su fundamentación posibilite la reproducción del razonamiento usado por el juzgador para llegar a las conclusiones

¹⁹¹ VASQUÉZ Rodríguez, Luis. El problema de la argumentación jurídica en el derecho penal [en línea] <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,463,0,0,1,0>> [consulta: 29 julio 2011]

¹⁹² CHAIA, Rubén. Prueba y verdad en la dinámica del proceso acusatorio [en línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/doctrina01.pdf>> [consulta: 15 septiembre 2011]

¹⁹³ CAFFERATA. Ob. cit. en n. 168, p. 51

¹⁹⁴ Código Procesal Penal, mensaje, p. 12.

que sirven de sustento a la decisión judicial. En otras palabras, la decisión judicial debe ser construida de tal manera que tenga la idoneidad suficiente para explicar las razones que llevaron a alcanzar determinado resultado. De ahí que la aptitud de la sentencia de ser comprensible a los terceros, constituya una garantía de defensa.

En consecuencia, adecuadamente se sostiene que la motivación del fallo constituye un derivado del principio de inocencia, en tanto sólo se podrá imponer una condena a un sujeto, si existe una fundamentación que evidencie la verificación del hecho. Es decir, exclusivamente la decisión judicial fundada en la “certeza resultante de la prueba ventilada en juicio público, puede asegurar la plena realización del principio de inocencia. Sólo se puede confiar en una motivación si a ésta ha precedido la realización del juicio público y contradictorio, porque la publicidad y la oralidad son las únicas garantías que tenemos de que los jueces, expuestos al control del pueblo, serán imparciales y respetarán la defensa en juicio (garantías de garantías)”¹⁹⁵. Por lo tanto, si bien el requerimiento de motivación juega como garantía del imputado de manera medular, no constituye el único rol que debe otorgársele a la fundamentación, ya que asimismo, comprende un aspecto público dado por actuar como freno a la arbitrariedad judicial, y a su vez, como el dispositivo que permite tanto el control procesal, como el extra-procesal, de la sujeción de los magistrados al ordenamiento jurídico.

1.3. Reconocimiento normativo de la motivación.

En la materia, son célebres los dichos del doctrinario español De la Oliva, contraponiéndose a la exigencia de motivación de la sentencia.

Literalmente, este autor afirmó que “no es exigible, ni legal ni racionalmente, que toda sentencia dé cuenta detallada del porqué de cada declaración de certeza positiva de un hecho. No es tampoco...exigible que se explique pormenorizadamente por que

¹⁹⁵ DÍAZ. Ob. cit. en n.107.

unos hechos han sido considerados dudosos pese al esfuerzo probatorio que haya podido desplegarse. No es razonable imponer a los órganos jurisdiccionales unos esfuerzos expresivos máximos, en cada sentencia, que desconozcan la carga de trabajo que sobre ellos pesa y que resulten contrarios a impartir justicia a todos de manera satisfactoria”¹⁹⁶.

Como se puede percatar, el planteamiento del teórico ibérico se atiende más bien a la asimilación de los juzgadores como semi-dioses¹⁹⁷, exceptos de todo equívoco, que no deben dar razones de sus decisiones, en la medida que ese requerimiento sería una exigencia desmesurada si se toma en cuenta la alta demanda de justicia y la necesidad de satisfacerla prontamente. Reconocer que la oferta por justicia excede en creces a la respuesta jurídica es una cosa; pero otra y muy distinta, es asumir que frente a esa desproporción, se renunciará a la motivación de las sentencias.

Asimismo la necesidad de dar razones se enfatiza, si se comprende que la “legitimidad de los órganos jurisdiccionales no descansa únicamente en la posesión de su cargo, sino que deriva también de la emisión de resoluciones acertadas, basadas en criterios racionales, de tal modo que es necesario que se exija la expresión del razonamiento”¹⁹⁸ que ha llevado al magistrado a dictar una sentencia.

Entonces, la concepción que planteó el autor hispano se rechaza, porque hoy en día no se está dispuesto a tolerar que en un Estado de Derecho como el actual, en aras de una mayor efectividad en la administración de justicia, se transe en la exigencia de motivar las decisiones judiciales.

Tranzar en la fundamentación implica “tirar al trasto” no únicamente el control sobre la labor judicial, sino también la racionalidad del proceso penal y su legitimidad.

En igual sentido, se expresa Manuel Atienza, al sostener que la resolución “debe ser un texto autosuficiente que sea comprensible para un tercero. Por eso, no basta

¹⁹⁶ DE LA OLIVA, Andrés. De la sentencia, en De la Oliva [et al]. Derecho Procesal Penal. Madrid, 2002, p. 514.

¹⁹⁷ Por lo mismo, Cordero afirmaba lucidamente que “el hermetismo es connatural al narcisismo togado”.

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ. Ob. cit. en n. 36, p. 242.

con indicar cuáles son los hechos que se consideran probados. Hay que dar también las razones que permitieron al juez llegar ahí. El acto judicial es así más difícil pero adquiere también mayor legitimidad”¹⁹⁹

Particularmente por el valor que conlleva la motivación para la decisión judicial y para el ordenamiento punitivo, el legislador chileno en el artículo 36 del Código del ramo, le fija al Tribunal Oral en lo Penal la obligación de “fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de las cuestiones de mero trámite.”

A su vez, esta disposición debe ser complementada, en primer lugar por la normativa 297 del mismo cuerpo, que estipula que el juez tendrá que “hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo...Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

Por consiguiente, como se vislumbra “la decisión sobre la *quaestio iuris* tiene que estar sustentada por argumentos jurídicos adecuados y las conclusiones sobre los hechos deben estar lógicamente fundadas en las pruebas relevantes presentadas en el curso del procedimiento. Hay, por lo tanto, una narración de los hechos del caso que representa la manera en que son establecidos por el tribunal”,²⁰⁰ que en todo caso debe ser expuesta a la sociedad.

Asimismo, el artículo 36 del CPP debe ser interpretado en conjunto con la disposición 343, sobre decisión de absolución o condena; y con el precepto 342 del mismo cuerpo legal.

Específicamente, el artículo 343 del CPP estipula que se debe indicar los fundamentos primordiales considerados para llegar a las conclusiones referentes a los delitos. Y en igual sentido, se expresa la letra c del artículo 342, al estatuir que la sentencia definitiva contendrá “la exposición clara, lógica y completa de cada uno de

¹⁹⁹ ATIENZA, Manuel. Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a Ibáñez, *Jueces para la Democracia*, 2 (22), 1994, p. 83.

²⁰⁰ TARUFFO. Ob. cit. en n. 11.

los hechos y circunstancias que se dieran por probados...y de la valoración de los medios de prueba”.

Hasta tal punto resulta esencial la obligación de motivar la decisión judicial, que el legislador estipula en el precepto 374 del CPC que si el fallo prescinde de este requerimiento, adolecerá de nulidad absoluta, o sea, si se omite la motivación, no sólo se anulará el juicio, sino también la sentencia.

En suma, de lo expuesto en este apartado de la tesis, se deduce que el ordenamiento patrio regula la fundamentación de la sentencia como una exigencia legal, de modo que si el tribunal no cumple con esta obligación, su decisión se anula y no únicamente se deja sin efecto lo que resuelve, sino el proceso en su totalidad.

1.4. ¿Qué implica la motivación?

Según Julio Maier, la motivación se debe “objetivizar en una explicación racional acerca de los motivos de este proceso psicológico, con fundamento en la valoración de los elementos de prueba obtenidos conforme a la ley procesal. La exigencia de racionalidad, significa, a un mismo tiempo, observancia de las leyes del pensamiento y de las leyes científicas y de experiencias aceptadas en la actualidad (su observancia constituye un requisito de validez de la decisión).”²⁰¹ Con esta exposición, el teórico trasandino responde a la interrogante que titula esta sección de la memoria, y que remite a la cuestión de qué es lo que envuelve la motivación de las sentencias en el proceso penal.

Específicamente la pregunta se efectúa, porque si bien existe claridad sobre la importancia y el reconocimiento de la fundamentación del fallo en el ámbito punitivo, no

²⁰¹ MAIER. Ob. cit. en n. 10, p. 566.

es evidente lo que involucra esta obligación para el tribunal. Por eso, en este apartado de la investigación se intentará dar una respuesta que concrete esta exigencia legal.

Para lograr el cometido propuesto, se acudirá a lo que estipula el legislador nacional en la materia; así, en este punto la disposición 36 del CPP consagra que “la fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas”; y asimismo este precepto aclara 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”.

En consecuencia, de lo expuesto se colige que “la exigencia de trasladar a terceros los verdaderos motivos de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de éstos, retroactúa sobre la propia dinámica de formación de la motivación y de la misma resolución en todos sus planos; obligando a quien la adopta a operar, ya desde el principio, con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes.”²⁰² Pues bien, no es igual decidir según lo que dicte un presentimiento, que resolver acorde a criterios que sean aptos para ser comunicados a la sociedad. Por consiguiente, para adoptar una adecuada decisión jurídica se requieren buenas razones que apoyen la resolución, fundadas no meramente en las convicciones personales del juzgador, sino en argumentos que se basen en las afirmaciones de hecho probadas en el juicio.

Por otra parte, esta dinámica se acentúa si se considera que el ordenamiento punitivo erige a la presunción de inocencia como garantía central; de ahí que en variadas ocasiones el juez deberá resolver contra su propio convencimiento, si luego de analizar la prueba, su convicción no encuentra verificación probatoria.

Por ende, la doctrina nacional sostiene adecuadamente en este punto del análisis, que la motivación asume una tarea “depuradora sobre la actividad cognoscitiva que reclama del juez una reconsideración de sus iniciales convicciones a la luz de los

²⁰² IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, (12): 257-299, 1992. p. 291.

argumentos racionales, que son los únicos que ineludiblemente ha de emplear para fundar su decisión”²⁰³.

En resumidas cuentas, la fundamentación de las resoluciones asegura la esencia epistemológica del ordenamiento jurídico, al posibilitar la existencia de la motivación de la imputación, a raíz de las pruebas rendidas en juicio.

Entonces, de lo precedentemente planteado, se deduce que la motivación de la sentencia debe representar fielmente y a cabalidad el proceso de construcción de la convicción judicial, estableciendo los antecedentes fácticos que se estimaron como prueba, las deducciones efectuadas a partir de estos datos y asimismo, los criterios utilizados para derivar de éstos la inferencia de que las hipótesis fácticas estaban probadas.

En otros términos, el tribunal debe “obtener conclusiones racionalmente fundadas a partir de los elementos de prueba de los que dispone y la decisión quedará fundada sobre la base de informaciones objetivamente controlables y de argumentación lógicamente válidas.”²⁰⁴

1.5. Función de la motivación.

Este apartado de la tesis se encuentra directamente relacionado con la sección anterior, en tanto que el rol que tiene la motivación en el proceso penal, está vinculado a lo que efectivamente implica la fundamentación de la decisión judicial para el tribunal. De ahí que el examen que se realice sobre la función de la motivación, se efectuará teniendo en consideración lo que conlleva la fundamentación como exigencia legal en el ordenamiento punitivo nacional.

²⁰³ GASCÓN. Ob. cit. en n. 157.

²⁰⁴ TARUFFO. Ob. cit. en n. 28, p. 117.

Al respecto, existe una variedad de funciones que se le han adosado a la motivación de las resoluciones.

Independiente de la multiplicidad de tareas que se le han otorgado, en esta sección de la memoria las funciones se clasificarán en dos, una dada por el papel extraprocesal o político, y la otra, por lo endoprocesal o técnico jurídico.

La primera función dice relación con que la motivación debe efectuar un control público sobre la tarea de administrar justicia, en el sentido de ser capaz de otorgar una explicación racional de la resolución. Esto, pues “el derecho reclama para sí aceptabilidad racional, es decir, reclama que sus disposiciones son racionalmente justificables... al que objeta que de la ley se siga la decisión que el juez ha dictado, el juez le debe una explicación”²⁰⁵.

Por eso, se dice que la fundamentación llevaría implícita una dimensión pedagógica; y al mismo tiempo, de publicidad, al permitir que el imputado y la comunidad en general, comprenda las razones de por qué se alcanzó determinada conclusión.

De este modo, se instaura por parte de la sociedad un control sobre la tarea judicial, que en último término envuelve la necesidad de que las razones de la sentencia se encuentren dotadas de fundamentación coherente y lógica, de manera que los componentes esenciales que la conforman, aún para aquellos que no son intervinientes en el proceso en concreto, resulten comprensibles.

En este punto del examen es importante dejar en claro que el tribunal debe fundamentar su resolución, no únicamente porque a través de ésta tiene que satisfacer el papel pedagógico o de motivación *a posteriori*, sino pues el juzgador sólo puede incorporar en la sentencia las percepciones susceptibles de ser enunciadas. De esta forma el razonamiento actuará desde un comienzo de la actividad judicial. Es decir, la exigencia de justificación opera a priori sobre los procedimientos mentales que anteceden a la dictación de la sentencia, tanto en el plano fáctico como en el normativo, dotando de coherencia y racionalidad a las deducciones alcanzadas en el

²⁰⁵ ATRIA Lemaitre, Fernando. Jurisdicción y Estado de derecho. Apuntes de clases. Escuela de Derecho, Universidad de Chile.

proceso penal. Por lo tanto, como asevera el profesor Nuñez, lo relevante en la “aplicación judicial del derecho no es sólo la aplicación de enunciados jurídicos como fundamentos..., sino también las razones dadas a favor de la aplicación de dichos enunciados..., la determinación de un preciso significado de los mismos..., la consideración de determinados hechos como probados..., así como la elección de una correcta consecuencia jurídica dentro de las alternativas legales”²⁰⁶

Asimismo, la motivación ayuda a garantizar la racionalidad de la decisión judicial, al tener que atenerse la sentencia, a la correspondencia de los enunciados fácticos, con la realidad. Por lo mismo se sostiene correctamente, que la función de motivar las decisiones judiciales tendría una connotación substancialmente cognoscitiva, al radicar la fundamentación de las resoluciones en el conocimiento que se establece de las proposiciones fácticas, y no en el poder que detenta el tribunal.

Particularmente, el carácter cognoscitivo de la motivación se estatuye en gran parte, porque en la actualidad el sustento del poder del magistrado se encuentra en la aceptación de sus resoluciones, y no reside en el poder que pueda poseer como sujeto. Por eso, las decisiones judiciales deben ser racionales y corresponderse con la realidad.

Precisamente, en este parte del análisis, es vital tener en cuenta la dinámica que se genera entre la sentencia y la prueba, en términos de que “la actividad probatoria es un conocimiento probable y no una certeza única y excluyente, por ello la motivación resulta necesaria para dar concreción y realidad al respeto y cumplimiento de un debido proceso legal. Es decir, las inferencias que fundan la sentencia deben ser lógicas y racionales.

Esta función de la racionalidad se explica en la medida en que el juez controla el fundamento de su propio razonamiento sobre las pruebas, desarrollándolo mediante criterios racionales y a través del control sobre la motivación del juicio de hechos.”²⁰⁷ Entonces, en este punto de la materia se percata que si la fundamentación “no es

²⁰⁶ NUÑEZ Ojeda, Raúl. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo. *Ius et Praxis*(1): 199-223, 2008

²⁰⁷ AVILÉS. Ob. cit. en n.143.

directamente una garantía epistemológica, sí lo es indirectamente, en la medida en que permite un control sobre ese irreductible espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración. La exigencia de motivación es, pues, una garantía de cierre del sistema cognoscitivista.”²⁰⁸

En suma, con la fundamentación de las resoluciones se pretende garantizar que la discrecionalidad que caracteriza a la tarea judicial no se transforme en arbitrariedad. De esta manera se responderá satisfactoriamente a lo que exige un Estado democrático, esto es, un sistema que estatuye entre sus requerimientos la obligación legal que tienen los jueces de dar razones de sus decisiones, de modo tal de fijar un límite a la arbitrariedad, garantizando la racionalidad.

En consecuencia, el requerimiento de motivación responde al propósito de “control del discurso, en este caso probatorio, del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal. Un control, por cierto, no sólo de procedencia externa, sino que no puede carecer de esa proyección interna sobre el propio operador.”²⁰⁹

Concretamente, en este punto del examen hay que tener en cuenta la advertencia que efectúa la teórica Marina Gascón al apuntar que si bien “no puede desconocerse que la publicidad es un freno a la arbitrariedad, también habrá de convenirse en que la publicidad, por sí sola, no es garantía completa de racionalidad: la proscripción de la arbitrariedad de las decisiones sólo resultará plenamente eficaz si se instauran al propio tiempo mecanismos jurídicos de control orientados a comprobar su racionalidad, los recursos”²¹⁰.

De esta manera, se especifica la función endoprocesal de la motivación de las resoluciones, que al final de cuentas concretiza la racionalidad en la toma de decisiones, a través de la posibilidad de interponer recursos frente a los superiores. Esto en el caso de que la decisión judicial no se atenga a la racionalidad mínima requerida en el ordenamiento punitivo.

²⁰⁸ GASCÓN Abellán, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 177.

²⁰⁹ IBÁÑEZ. Ob. cit. en n. 202.

²¹⁰ GASCÓN. Ob. cit. en n. 207, p. 179.

Por lo tanto, y a modo de conclusión, se puede inferir que la decisión judicial al ser un acto que resuelve los conflictos sociales de modo vinculante, incidiendo sobre la libertad de un individuo, debe ser susceptible no sólo de un control interno, sino también de un control externo por los posibles destinatarios y por parte de la sociedad en general.

1.6. Motivación y verdad.

En este apartado del trabajo, se intentará exponer sucintamente la interrelación existente entre la obligación legal de motivar las decisiones judiciales y la finalidad de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, de modo de dar un cierre a lo visto a lo largo de este capítulo.

Para lograr el objetivo propuesto, es menester considerar que en el ordenamiento punitivo “la narración se presenta como verdadera, en la medida que los enunciados que la componen encuentran en las pruebas un grado adecuado de confirmación. El discurso debe completarse ahora para precisar que esta construcción se expresa en un texto en el que los hechos son narrados: este texto corresponde a la parte de la motivación de la sentencia que concierne a los hechos y a las razones por las que resultan determinados.”²¹¹

De ahí que justificar las proposiciones de hecho, implique proporcionar los motivos suficientes para estimar los enunciados como verdaderos, o más bien como suficientemente demostrados, en atención a las pruebas rendidas en el juicio.

Entonces, como afirma adecuadamente Marina Gascón, la fundamentación constituye indirectamente “una garantía de verdad de las declaraciones de hechos de

²¹¹ TARUFFO. Ob. cit. en n. 24, p. 266.

la sentencia, en la medida en que permite un control sobre ese espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración”²¹² con que cuenta el juzgador.

Sin embargo, el control social sobre la decisión judicial, no conlleva forzosamente que la resolución se identifique en términos de verdad, ya que al mismo tiempo, es factible que la sentencia resulte equivocada, en tanto se dé el supuesto de que ésta no se atiende a criterios de correspondencia con la realidad. Por ende, la justificación debe actuar de modo transversal, de manera de constituir a su vez, un control externo e interno, que permita estatuir una fiscalización a la tarea de administrar justicia; y también posibilite la construcción de una racionalidad intrínseca a la labor judicial; basada en un grado suficiente de cognición para hablar de un sistema penal en términos de coherencia y de legitimidad.

Por eso, en este contexto se aduce que el magistrado “no puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar mediante unos patrones de racionalidad; y para ello, necesariamente, habrá de hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad”²¹³.

De esta forma, la tarea judicial se conecta con la prueba, con la indagación de la verdad y con la exigencia de motivar las resoluciones, como elementos esenciales para construir un proceso penal racional, que resulte legítimo a los ojos del imputado y de la comunidad.

Entonces, de lo precedentemente expuesto, se colige que para que la justificación de las decisiones judiciales cumpla el ideal de Luigi Ferrajoli, es decir, se erija como “garantía de garantías”, debe ir más allá de un mero derecho programático, estatuyendo un sistema probatorio que responda a la racionalidad, una finalidad de averiguación de la verdad que sea conteste con la noción de correspondencia, y en fin, un proceso penal que sea acorde a lo cognoscitivo.

Por lo tanto, a modo de conclusión, es posible deducir que la sentencia debe motivarse, no meramente pues “estructuralmente lo que se obtiene de la actividad

²¹² GASCÓN. Ob. cit. en n.157.

²¹³ GASCÓN. Ob. cit. en n. 157.

probatoria acerca de la demostración de los hechos siempre es un conocimiento probable...sino también, debido a que es la única manera de entender que la jurisdicción se ejercita de manera legítima, lo contrario no sólo implicaría un actuar políticamente ilegítimo, sería algo mucho peor, un residuo de absolutismo.”²¹⁴ Por ende, un Estado que se dice democrático no debe desistir nunca de la motivación como exigencia legal, ya que el dar razones de la decisión judicial, constituye la fuerza esencial que tienen las sentencias para erigirse frente a la sociedad como herramientas legítimas de la tarea de administrar justicia.

2. Legitimidad de la labor judicial.

A primera vista el título que denomina este subcapítulo puede resultar un tanto pretencioso, considerando que el presente trabajo se inserta en una investigación de pregrado sobre la finalidad de averiguación de la verdad en el proceso penal.

No obstante, luego esa percepción se desecha si se advierte que en este apartado no se pretende resolver la legitimidad de la labor judicial, ni tampoco establecer de dónde es posible derivarla, sino que en este punto de la materia se intentará dar ciertos trazos sobre cómo juega la búsqueda de la verdad como propósito del proceso punitivo en relación a la legitimidad de la tarea de administrar justicia. Entendiendo toda vez, que esta sección se incorpora con la intención de dar un cierre a lo examinado a lo largo de de esta memoria.

Una vez aclarado el objetivo de este apartado, resulta interesante advertir que en uno de los tantos enunciados del mensaje del Código del ramo vigente, se expresa que “se invertirá en legitimidad”.

²¹⁴ AVILÉS. Ob. cit. en n.143, p. 195.

Precisamente, en este subcapítulo de la tesis se reflexionará por qué el legislador patrio se preocupa de destinar recursos públicos a la legitimidad ¿qué implica concretamente aquello?

En primer término, para descifrar el motivo de la inversión en legitimidad por parte del sistema nacional, es útil aclarar que la noción de legitimidad es más amplia que el concepto de legalidad, debido a que “mientras la legalidad comporta la adecuación de una decisión a la ley vigente, la legitimidad nos señala el ajuste de esta misma decisión a un sistema de valores sociales, que van más allá de la propia ley escrita, incluida la Constitución.”²¹⁵

He ahí como se comprende que la legitimidad no se remite únicamente a la adecuada aplicación del derecho penal sustantivo, sino que va mucho más allá, al exigir que la decisión judicial sea acorde al régimen de valores imperantes en la sociedad, lo que claramente excede a lo normativamente estatuido.

En este sentido, la legitimidad involucra un componente ético, que es imposible desconocer por parte del ordenamiento jurídico, en tanto el Derecho como sistema regulador de los comportamientos sociales, se encuentra directamente vinculado con lo moral, que al final de cuentas es lo que dota de sentido al proceso penal, como medio plausible para administrar justicia coherentemente.

Por lo mismo, Luigi Ferrajoli argumenta que “el problema axiológico de la justificación vuelve a identificarse con el problema de las garantías penales y procesales, es decir, de las técnicas normativas más idóneas, en atención al fin de minimizar la violencia punitiva y al de maximizar la tutela de los derechos, que son precisamente los únicos fines (nunca perfectamente realizables, de hecho no realizados, y sin embargo, no del todo irrealizables)”²¹⁶ que fundamentan el Derecho punitivo.

Esta dinámica entre legitimidad, justificación y garantías se genera en la medida que el derecho penal, aun cuando se encuentre “rodeado de límites y garantías,

²¹⁵ VALLÉS. Ob. cit. en n. 44, p. 43.

²¹⁶ FERRAJOLI. Ob. cit. en n. 22, p. 342.

conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo”²¹⁷. Por consiguiente, se considera que la actuación del poder penal en un Estado de Derecho, únicamente “puede legitimarse en el escrupuloso respeto de las garantías penales y procesales-penales de los ciudadanos, en caso contrario, toda imposición de una pena, no es más que un ejercicio de violencia despótica, carente de toda posible justificación”²¹⁸

Por eso, para evitar caer en el ejercicio tiránico, que advierte tanto la doctrina extranjera como la teoría nacional, se hace ineludible que el sistema penal chileno responda adecuadamente a las garantías reconocidas en el ordenamiento. De modo que satisfaga coherentemente la necesidad de aplicación de las normas penales sustantivas, y al mismo tiempo, la protección del individuo que exige todo Estado de Derecho.

Entonces, precisamente como apunta Ferrajoli, un derecho punitivo reconducido sólo “a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez, un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y su papel de control de las ilegalidades del poder.”²¹⁹ Por ende, se requiere que además de compatibilidad, el derecho penal y el derecho procesal penal presenten una coherencia interna, que permita que los fundamentos del primero, se plasmen en el segundo, en normativas ad-hoc a los fines propuestos.

De esta manera, se infiere que la justificación de las decisiones judiciales es lo que le otorga a la tarea de administrar justicia “legitimidad política y validez, desde el punto

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 21.

²¹⁸ HERNÁNDEZ Basualto, Héctor. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno. Colección Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado (2), 2002. 100p., p. 61.

²¹⁹ FERRAJOLI. *Ob. cit.* en n. 22, p. 10.

de vista epistemológico y jurídico...es una exigencia de un control democrático, puesto que dado que los jueces no son elegidos por los ciudadanos, la mejor manera de legitimar su poder, es por medio de la motivación de las sentencias, campo precisamente en el que cuentan con discrecionalidad”²²⁰

De ahí que la fundamentación de las resoluciones constituya una labor imprescindible en la esfera normativa, debido a que dota a la labor judicial, y específicamente a la sentencia, de legitimidad frente a la sociedad. De esta forma, se advierte la trascendencia que adquiere la motivación de las resoluciones judiciales, en el contexto de legitimidad de la respuesta normativa.

Por otra parte, también se requiere que la decisión judicial sea fruto de un razonamiento ad hoc a los enunciados fácticos que fueron comprobados en el juicio por medio de la prueba rendida. Es decir, las resoluciones judiciales en su labor de verificación de si hubo violación o no de la normativa, debe entregar argumentos epistemológicos de hechos, y fundamentos reconocitivos de derechos. De modo tal, que su confirmación como verdadera permita hablar efectivamente de legitimación.

Así, se comprende que si bien las decisiones judiciales encuentran su fuerza en la obligación de justificación, las conclusiones que se alcancen deben ser conformes con la realidad. Esto, porque las resoluciones penales se legitiman en cuanto se identifiquen con la verdad, entendida ésta como correspondencia con los enunciados fácticos de la normativa. Así, se percata que la dinámica descrita entre justificación, verdad y legitimidad se produce en el ordenamiento punitivo, ya que “el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las libertades de los ciudadanos, a través de la garantía de la verdad (una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones) frente al abuso y el error. Es precisamente esta doble función garantista la que confiere valor político e intelectual al juez”²²¹.

Por lo tanto, de lo expuesto en este subcapítulo de la tesis, es posible deducir que el tinte cognitivo que empaña a la función judicial, es lo que le confiere el soporte sólido a las garantías del ordenamiento. De manera que la naturaleza epistemológica del

²²⁰ FUCHS. Ob. cit. en n. 45, p. 137.

²²¹ FERRAJOLI. Ob. cit. en n. 22, p. 546.

proceso y su fundamentación en la verdad es lo que le otorga legitimidad a la tarea de administrar justicia.

2.1. Legitimidad dada por el respeto de las normas.

En este apartado del trabajo se pretende dar luces sobre el papel que juega el cumplimiento de las normas jurídicas como base para la legitimación de la decisión judicial.

Al respecto, Mirjam Damaska en su célebre obra “Las caras de la justicia y el poder del Estado” asevera que las sentencias, en primer término, se legitiman según “los resultados correctos que incorporan. Un procedimiento correcto es aquel que aumenta la probabilidad (o maximiza la posibilidad) de alcanzar un resultado substantivo acertado, más que otro que haga efectivas las nociones de justicia o proteja algún valor substantivo colateral”²²². Entonces, ahora surge la interrogante de ¿qué es concretamente lo que aumenta la posibilidad de alcanzar un resultado correcto?

Como se advirtió, Damaska es de la opinión que la legitimidad de las resoluciones judiciales se construya por medio de una decisión apropiada. De forma que la respuesta correcta se identifique con la obtención de un resultado substantivo certero. En efecto, en este punto de la discusión, resulta claro que se requiere un proceso que vaya más allá de la satisfacción de las ideas de justicia u otros valores análogos. De ahí que, se debe estatuirse un ordenamiento jurídico que cumpla adecuadamente el requerimiento de dotar a las resoluciones judiciales de una respuesta acertada.

No obstante la aclaración efectuada, todavía persiste la necesidad de descifrar qué involucra un resultado substantivo acertado.

²²² DAMASKA. Ob. cit. en n. 42, p. 255.

Uno de los caminos para resolver la interrogante planteada, es considerar que el contenido de la sentencia, exclusivamente puede concebirse justificado, si la decisión judicial “puede verse como la consecuencia lógica de una premisa normativa general junto con una premisa fáctica, que establezcan que ha ocurrido un hecho subsumible en el supuesto de hecho de la norma. Esto es lo que la teoría de la argumentación jurídica denomina justificación interna, en cuanto componente necesario de la justificación judicial.”²²³ Lo que se traduce en que la legitimidad de la respuesta judicial está dada porque el supuesto de hecho se adecue a lo estatuido normativamente, de modo que la resolución que se obtenga, sea fruto de que lo acaecido se subsume en la normativa específica.

A su vez, en este contexto hay que tener en cuenta que la justificación interna remite a la racionalidad que debe satisfacer toda sentencia, desde una perspectiva intrínseca. Asimismo indirectamente, hace mención a la famosa teoría de Ihering, que se sintetiza en la idea de que la forma jurídica constituye una garantía de la libertad.

Este jurista alemán esbozó esta premisa en su conocida obra “El espíritu del derecho romano”, donde argumenta que “enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege...El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de la libertad”²²⁴.

Desde esta mirada, el procedimiento juega un papel primordial en el ordenamiento al permitir que las decisiones judiciales que se alcancen satisfagan mínimos de exigencia, reconocidos por la normativa vigente, que aseguran en cierto grado, que la sentencia se atiene a las garantías esenciales consagradas por el sistema jurídico. De esta forma, las sentencias valen y son cumplidas, en la medida que son fruto de la normativa estatuida.

²²³ VÁSQUEZ. Ob. cit. en n. 191.

²²⁴ IHERING. El espíritu del derecho romano, p. 641.

En similar sentido, se manifiesta el profesor Fernando Atria, en el texto “La verdad y lo político”, al aseverar que “nuestras decisiones valen como nuestras, no porque sean correctas, sino porque han sido formalmente producidas...en este sentido, forma (procedimiento) y substancia (justicia, aceptabilidad racional) son co-originarias.”²²⁵

Además, en este punto del estudio es relevante considerar que en el contexto judicial el sujeto que resuelve la controversia con autoridad para dictar una resolución es el magistrado, quien si bien carece de legitimidad popular, tiene potestad para juzgar, al atenerse en su tarea de administrar justicia a la normativa vigente. He aquí como “la sujeción a la ley, como premisa sustancial de la deducción judicial y a la vez única fuente de legitimación política, expresa, pues, la colocación institucional del juez.”²²⁶

En consecuencia, se percata que en la “genealogía de todos los controles democráticos sobre los actos de poder, late el propósito de hacer su ejercicio racionalmente justificado, es decir, más complejo pero también más legítimo.”²²⁷ De ahí que al adecuarse al procedimiento previamente establecido, la resolución judicial tenga facultad de imperio para imponerse y ser respetada por la sociedad, al ser fruto de las normas jurídicas estatuidas y al permitir su control por parte del mismo ordenamiento jurídico.

A modo de cierre de este apartado de la memoria se deduce en primer término, que es ineludible que las sentencias se traduzcan en una justificación externa, puesto que además de respetar las normas las resoluciones deben ser racionales a los ojos de la sociedad.

En segundo término, como ya se bosquejó, el resultado judicial debe responder a una racionalidad intrínseca que dote a las decisiones judiciales de legitimidad, al corresponderse con las normas jurídicas establecidas en el ordenamiento. Al final de cuentas, la sujeción a la ley por parte del juez, es lo que permite hablar de la independencia judicial como un reducto necesario para ejercer la labor judicial, y

²²⁵ ATRIA Lemaitre Fernando. La verdad y lo político. Conferencia en el III Congreso de Derecho y Teoría Constitucional, Santiago de Chile, 2007, p. 476 y 478.

²²⁶ FERNÁNDEZ. Ob. cit. en n. 36, p. 242.

²²⁷ VASQUÉZ. Ob. cit. en n. 191.

asimismo posibilita que se plasme “la idea de que el juez media entre la universalidad de la ley, que nos hemos dictado en ejercicio de nuestro derecho a auto-gobernarnos, y el caso particular al cual esa ley ha de ser aplicado, único e irrepetible, esa idea contiene la promesa más admirable del derecho: que podemos gobernarnos a nosotros mismos y al mismo tiempo tratarnos como fines, no como medios”²²⁸, haciendo realizable el ideal filosófico de Kant.

2.2. Legitimidad dada por la justicia.

“El amor a la justicia como instrumento del equilibrio para la dignidad del hombre”.

Víctor Jara.

La justicia, como reconoce el cantautor chileno Víctor Jara, es esencial para la persona. No obstante su trascendencia no se agota en el individuo, sino que va mucho más allá de eso e incide en los diversos planos de la vida social. Justamente, en el caso particular del ordenamiento jurídico, constituye un pilar fundamental del sistema.

Esta importancia que conlleva la justicia, es recogida hábilmente por Radbrüch, quien da cuenta de la interrelación que debe existir entre justicia y Derecho, en su famosa frase que reza lo siguiente: “Como la ciencia sin verdad no tiene sentido, como el arte sin belleza, la vida sin amor, no hay derecho sin la idea de justicia”.

Una vez comprendida la relevancia que envuelve la justicia para el sistema normativo, es necesario reflexionar respecto a lo que implica ésta concretamente.

Para ese objetivo resulta conveniente acudir al texto “Jurisdicción y Estado de derecho” del profesor Atria, debido a que en esta obra el docente da luces sobre lo que involucra la justicia para el proceso jurídico en un Estado democrático.

²²⁸ ATRIA. Ob. cit. en n. 115.

En este punto de la materia, el doctrinario chileno señala que “administrar justicia se entiende declarar qué es, conforme a las reglas válidas y aplicables, lo suyo de cada cual...Es precisamente por eso que el estado de derecho, fundado en el reconocimiento de la dignidad de los ciudadanos, exige que la vida, la libertad o la propiedad de un individuo no puedan ser afectadas sin dar a ese individuo la posibilidad de que un juez considere su caso (éste es el contenido de la garantía de la tutela efectiva o debido proceso: que los individuos no han de ser utilizados como medios para hacer posible la legislación democrática)”.²²⁹

En efecto, como es posible advertir, la justicia viene a satisfacer el ideal de que las personas no sean consideradas como medios, sino como fines en sí mismos, es decir, concretiza la idea de dar a cada uno lo suyo, según la particularidad del caso en específico. De ahí que la justicia sea considerada una de las cuatro virtudes primordiales y se asimile a la razón, al Derecho y a la equidad.

Precisamente John Rawls, fue uno de los teóricos, que enfatizó la importancia que envuelve la justicia. En síntesis, este prolífico doctrinario, la concibió como la primera virtud de las instituciones sociales, en la medida que la justicia, como prioridad de lo correcto por sobre lo bueno, permitiría alcanzar una convivencia pluralista en la sociedad.

Ahora, si el examen de la justicia se traduce al plano normativo, se entenderá que para satisfacer la legitimidad que requieren las decisiones judiciales, es ineludible que en el contexto procesal las resoluciones que se dicten observen las normas jurídicas. Además se necesita que éstas sean justas.

Pues bien, en este punto del examen podría afirmarse que aplicar con justicia una regla jurídica a diferentes casos consiste meramente en tomar en serio la aseveración de que “lo que debe aplicarse en los distintos casos es la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho. Esta conexión...ha tentado a algunos pensadores a identificar la justicia con la conformidad con el derecho.

²²⁹ ATRIA. Ob. cit. en n. 205.

Esto es, claramente, un error; porque tal versión de la justicia deja sin explicar el hecho de que la crítica en nombre de la justicia no se limita a la administración del derecho en los casos particulares, sino que las leyes mismas son a menudo criticadas como injustas²³⁰.

Así, como indica este connotado teórico en su obra “El concepto Derecho”, la crítica formulada va mucho más allá de que la aplicación de las normas se adecue al debido proceso en el caso en concreto, pues también envuelve la idea de que las normas legales en sí son inequitativas.

Por ende, se debe ser consciente de que la crítica planteada por H.L.A. Hart no se reduce a que el caso se subsuma en la normativa, sino que apunta a que las normas, en variadas ocasiones no se adecuan a la idea de justicia, al establecer regímenes que no resultan lógicos en un Estado democrático²³¹.

En consecuencia, el Derecho como ordenamiento que pretende motivar las conductas de los sujetos, debe actuar coherentemente de modo de otorgar una respuesta que sea fruto de un proceso racional, dotado de normas justas. De manera tal, que en el ejercicio de su tarea se establezcan decisiones que se correspondan con lo acaecido en el plano fáctico. Así el sistema jurídico, no sólo será legítimo desde el plano interno, sino además desde un prisma exterior, al satisfacer la racionalidad que exige todo Estado de Derecho.

Aclarado que el ordenamiento jurídico requiere alcanzar decisiones que se atengan a la idea de justicia. Ahora, se debe esclarecer ¿qué significa concretamente aquello?

Para Michelle Taruffo, una sentencia justa implica que “la decisión deriva de la correcta aplicación de las reglas del derecho que gobiernan el caso en cuestión y, a su vez, la correcta aplicación de la ley en el caso concreto, implica que se hayan sido verificados los hechos justos, es decir que haya sido establecida la verdad o la

²³⁰ HART. H.L.A. El concepto del Derecho. Buenos Aires, Arranedo Perrot, 1992, p. 200.

²³¹ A modo de ejemplo, es posible mencionar en el campo del Derecho de Familia, la existencia como régimen patrimonial de la sociedad conyugal, donde el papel que se le asigna a la mujer deja mucho que desear, si se considera que en la actualidad rige un Estado democrático.

falsedad de los correspondientes enunciados sobre la base de las pruebas disponibles.”²³²

De ahí que resulte claro que para alcanzar una decisión que se denomine justa, se debe tender al mayor grado posible de verdad, en el sentido de que el proceso debe posibilitar que en el juicio se verifiquen por medio de la prueba los supuestos de hechos alegados como ciertos. He aquí como se percata que la legitimidad democrática del proceso, radica en que la verdad de las afirmaciones sobre los hechos, se remita a una comprobación empírica sujeta a prueba.

De modo que la decisión judicial será considerada “justa desde el punto de vista de la aplicación de las normas sustantivas, sólo si es verdad el enunciado relativo al hecho que constituye la condición de aplicación de la norma”²³³.

En efecto, en el ámbito normativo la legitimidad de las decisiones judiciales no proviene de la representatividad popular o del consenso entre los intervinientes, sino que se deriva de la actividad cognoscitiva, que es previa a la dictación de la sentencia y constituye una de sus bases esenciales. Ergo, en el contexto jurídico se consagra el aforismo *veritas non auctoritas facit iudicium*, o sea, es la verdad, y no la autoridad la que hace al juicio. Por consiguiente, esta verdad a la que se hace referencia debe establecerse en el proceso por medio de la comprobación de los enunciados fácticos; de manera tal que el juez en su actuar atienda al caso en sus propios términos. Es decir, el juzgador en la apreciación de los hechos debe determinar si éstos se corresponden o no con lo acaecido, y aplicar la normativa acorde a lo verificado en el juicio, ya que de esta forma se satisface la necesidad de estatuir un proceso normativo justo.

También aquí se debe tener en cuenta la idea de que un proceso justo no implica forzosamente una decisión justa, debido a que una cuestión es aplicar las normas jurídicas correctamente, y otra muy distinta, es alcanzar una resolución que se atenga a la verdad. Por eso en este punto del análisis, es menester advertir que si bien el ordenamiento jurídico “no asegura el logro de un resultado justo, sí provee de

²³² TARUFFO. Ob. cit. en n. 28, p. 120.

²³³ *Ibíd.* p. 113.

condiciones necesarias para que éste sea más fácil de alcanzar. Vista las cosas así, se podría señalar que la justicia de la decisión no puede ser asegurada a través del juicio oral, pero el diseño del juicio oral sí provee de ciertas condiciones que facilitan la obtención de resultados aceptables.”²³⁴

En un mismo sentido, se expresan Andrés Bouzat y Alejandro Cántaro en su obra denominada “Verdad y prueba en el proceso acusatorio”, al plantear que el sistema punitivo constituye un mecanismo de justicia procesal imperfecta, puesto que “sólo puede asegurar decisiones judiciales justificadas, y no decisiones judiciales justas. En tanto que la justicia de la decisión depende de la verdad de los enunciados fácticos, y siendo que las pruebas producidas en el proceso no aseguran la verdad” ²³⁵ de las afirmaciones de hecho, el proceso judicial no puede garantizar que la resolución sea justa.

En consecuencia, cuando se habla de la legitimidad de la decisión judicial se debe considerar el contexto en el cual se sitúa, de ahí que se comprenda que al establecerse dentro del sistema jurídico, la verdad que se va a alcanzar será relativa, contextual y aproximada a los elementos de juicio con que se cuenta. Por ende, el proceso penal no puede asegurar que la decisión que se alcance guardará correspondencia con lo fáctico, sólo puede garantizar que la sentencia será justa, desde el prisma de que la respuesta otorgada se ajusta a los procedimientos estatuidos por la normativa vigente. Lo que si bien no entrega certeza, sí confiere una probabilidad, no menor, de que los supuestos de hechos se subsuman en la norma general; de modo tal que la decisión judicial sea conforme a la justicia entendida como justificación.

Por lo tanto, de lo examinado en esta sección de la memoria, se deduce que “el modelo cognoscitivo del proceso penal confiere un fundamento y una justificación específica a la legitimidad del poder judicial y a la validez de sus pronunciamientos, que no reside ni en el valor político del órgano judicial, ni en el valor intrínseco de la justicia de sus decisiones, sino en la verdad...El vínculo de la verdad procesal es la

²³⁴ COLOMA. Ob. cit. en n. 102. p. 9.

²³⁵ BOUZAT y CANTARO. Ob. cit. en n. 85, p. 72.

principal fuente de legitimidad ético-política del poder judicial, legitimidad de tipo racional y legal por el carácter cognoscitivo de los hechos y reconocitivo del derecho”²³⁶. Por eso no se debe renunciar a la búsqueda de la verdad como ideal a seguir en el proceso penal, en la medida que no sólo legitima la decisión judicial en particular, sino también la tarea de administrar justicia en general.

²³⁶ FERRAJOLI. Ob. cit. en n. 22, p. 542 y 543.

CAPÍTULO VI.

LA FINALIDAD DE AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL EN RELACIÓN CON LAS CONVENCIONES PROBATORIAS.

Como se estableció en la introducción de esta memoria, el desafío de este trabajo es aportar al análisis de la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso penal. Para lograr aquello, no solamente se examina la verdad desde un plano teórico, sino también desde una vertiente fáctica. Específicamente este último ámbito, se incorpora con la intención de aplicar la tesis sostenida a lo largo de la investigación, a una determinada institución jurídica que en relación a la verdad se sitúe como problemática, de manera de revisar cómo interactúan ambas en el proceso punitivo. Teniendo en cuenta siempre, que lo que se pretende en este punto del examen, es precisar lo conflictivo del asunto y no intentar alcanzar un equilibrio a toda costa. En esta lógica, se inserta el capítulo final y el estudio de las convenciones probatorias, en adelante CP.

Particularmente, se optó por el análisis de las CP y no de otra institución o procedimiento, como lo serían por ejemplo el efecto de las sentencias penales en lo civil, la exclusión de la prueba ilícita o el procedimiento abreviado, puesto que las CP corresponden a una nueva herramienta del proceso penal, que resulta novedosa en el sistema patrio y no ha sido estudiada, a diferencia de otros mecanismos que presentan una dinámica similar con la verdad.

1. Cuestiones preliminares.

Para precisar cuál es la situación que se considera problemática, esto es, por qué se introducen las CP en el marco teórico del concepto de verdad, es menester responder a priori algunas interrogantes básicas, como las que rezan lo siguiente: ¿qué constituyen las CP? ¿cuáles son sus características esenciales? ¿cómo se reconocen en el sistema normativo nacional? ¿cuál es el fundamento de su incorporación en el ordenamiento punitivo?, entre otras.

Dar respuesta a las preguntas esbozadas, posibilitará comprender el papel que juegan las CP en el proceso penal chileno, y a su vez, generar una adecuada reflexión sobre cómo se concilia la finalidad de búsqueda de la verdad en el proceso criminal, con la existencia de las mencionadas convenciones. Por eso, en este subcapítulo del trabajo denominado “cuestiones preliminares”, se intentará satisfacer las interrogantes planteadas, de modo de comprender el rol que juegan las CP en el marco del proceso penal actual.

En primer término en cuanto a su noción, las CP pueden ser definidas tanto a nivel legal como doctrinario.

La legislación no entrega un significado integral acerca de lo que constituyen e implican éstas, sino que únicamente hace referencia a sus características esenciales. Precisamente el artículo 275 del CPP, denominado convenciones probatorias, señala que “durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos que no podrán ser discutidos en el juicio oral”.

De la citada disposición se colige que el legislador nacional concibe a las CP como una herramienta que permite al juez de garantía sustraer del periodo probatorio determinados enunciados fácticos, si existiere consenso entre los intervinientes sobre los mismos; de esta manera, se acotan los puntos de prueba, reduciéndose el objeto probatorio exclusivamente a aquellas afirmaciones de hechos que resultan controvertidas.

En igual sentido, se han expresado los teóricos nacionales que han tratado esta materia, como el chileno Rodrigo Cerda o la docente María Inés Horvitz.

Al respecto, ambos han sido contestes en catalogar a las CP como acuerdos adoptados en la audiencia de preparación del juicio oral por el fiscal, el querellante si lo hubiere, con el imputado, autorizados por el juez de garantía, destinados a dar por aceptados determinados hechos con el objetivo de no ser objeto de discusión en el juicio oral.

Como se aprecia, tanto en la disposición legal como en lo señalado por la doctrina, las CP presentan características que resultan definitorias, las cuales se pueden agrupar en cuatro condiciones.

La primera dada porque la convención se trata de un acuerdo entre los intervinientes del proceso penal. Justamente, la incorporación en el sistema punitivo de un convenio entre los sujetos implicados, resulta una idea ajena al ámbito penal, donde las resoluciones las adopta el juez con independencia de lo que consideren los intervinientes. Por eso, las CP vienen a efectuar un pequeño giro en la materia, al permitir que a través de un pacto se impida la discusión futura de ciertos hechos.

El segundo elemento que caracteriza a las CP es que recae sobre hechos no controvertidos, o más bien, sobre afirmaciones fácticas no controvertidas, pues como se examinó en capítulos anteriores, los acontecimientos ocurren o no, mientras que las aseveraciones respecto a éstos, pueden ser verdaderas o falsas. De este modo, las CP se incorporan en el ordenamiento penal para evitar alegaciones sobre puntos de hecho que no se encuentren debatidos en el procedimiento, por existir coincidencia entre los intervinientes.

En tercer término, las CP se identifican por dispensar de la prueba a aquellas afirmaciones fácticas sobre las que exista acuerdo. Esta consecuencia que trae consigo la convención, se estatuye por motivos de economía procesal, que busca en este caso preciso descartar de la tramitación del juicio oral los enunciados sobre los cuales exista convenio entre los intervinientes. Por consiguiente, aquellas

proposiciones fácticas no debatidas se excluyen del objeto de la discusión probatoria y de la fijación por parte del Tribunal Oral.

De ahí que se sostenga que las CP irían directamente desde el auto de apertura dictado en la audiencia de preparación de juicio oral, a la sentencia definitiva. A su vez, este “salto” (como se le podría denominar a la dinámica que se genera con las CP) no se encuentra excepto de debate, en la medida que el juicio oral constituye el ethos del proceso penal; y específicamente la prueba, resulta fundamental para verificar la correspondencia de las proposiciones fácticas con lo acaecido²³⁷.

En último lugar, la cuarta particularidad de las CP está dada porque requieren la aprobación del juez garantía.

Esta exigencia se configura en la medida que se necesita estatuir un control judicial respecto a lo acordado, de modo que el pacto se atenga a las alegaciones efectuadas por los intervinientes en la audiencia.

En un mismo sentido, se manifiesta el “Diario de Sesiones del Senado” del año 2000, al establecer que “el tribunal podrá hacer proposiciones, y rechazar la solicitud si la convención no se conformare con las alegaciones que los intervinientes hubieren hecho durante el procedimiento”.

En efecto, “si la solicitud no mereciere reparos por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieron por acreditados” (inciso segundo del artículo 275 del CPP).

Una vez delineadas las características generales de las CP, es menester tratar el reconocimiento normativo que han tenido las convenciones en el ordenamiento interno.

Si se estudia la historia de la ley, se percatará que el anteproyecto y el mensaje del Código del ramo, no consideran la actual disposición 275 del CPP; tampoco esta figura se contempló por la Cámara de Diputados, sino solamente se aprecia en la Cámara Alta del Congreso el ánimo de incorporar esta nueva herramienta al sistema penal;

²³⁷ En profundidad vid. capítulo IV, número 2: “Convenciones probatorias y verdad”.

intención que finalmente se concretó en la quinta sesión de la Comisión de Constitución del Senado. De esta manera, al recorrer el camino legislativo que tuvo la convención probatoria, es interesante examinar, ¿por qué ahora se incorporan las CP en el CPP, si no estuvieron planeadas en el anteproyecto del CPP?

Esta interrogante, en parte puede ser satisfecha si se consideran los principios que inspiraron la Reforma Procesal Penal en Chile, según el Ministerio de Justicia²³⁸; es decir, si se tiene en cuenta que el nuevo sistema punitivo nacional debe consagrar la imparcialidad, la transparencia, la inmediación, la oralidad, la rapidez, la eficiencia, la concentración, la protección de las víctimas y de los testigos, entre otros principios.

Estas máximas denotan que las CP fueron incorporadas en el ordenamiento punitivo patrio para simplificar el proceso, acortando los tiempos del procedimiento, de forma de conseguir el resultado en un menor tiempo, al excluir del debate lo que no se encuentra controvertido.

En este sentido, las CP se adecuan al principio de la economía procesal, el que en palabras del profesor Maturana, se traduce en que el proceso “no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes debatidos, que son el fin. El gasto envuelto en el asunto no puede ser superior al monto de los intereses en juego”²³⁹. Por ende, además de resolver substancialmente la cuestión pecuniaria este principio se hace cargo del aspecto jurisdiccional.

En otras palabras, las CP responden esencialmente a un criterio económico, que busca aprovechar los recursos disponibles del mejor modo posible. Así, si existe consenso entre los intervinientes respecto de hechos no controvertidos, y aprobación judicial de la convención, el resultado es dar por acreditado las proposiciones fácticas, impidiendo su discusión futura y evitando un debate que resulta innecesario, al existir consenso en la materia.

Particularmente esta restricción en la discusión, se debe a que las CP se enmarcan dentro de la lógica de que la jurisdicción penal debe ser capaz frente a las

²³⁸ Véase: web del Ministerio de Justicia [en línea] <<http://web.minjusticia.cl/rpp/antecedentes.php>> [consulta: 2 agosto 2011]

²³⁹ MATURANA. Ob. cit. en n. 19, p. 94.

imputaciones que recaen sobre un individuo, de entregar una respuesta razonable en un tiempo prudente; de manera de otorgar seguridad a todas las personas sobre la vigencia de la ley y hacer tangible el aforismo romano que reza: “una justicia que tarda, no es justicia”.

En un sentido similar, se manifiesta el profesor Rafael Blanco en su libro sobre la Reforma Procesal en Chile, al sostener que “la consolidación de una justicia oportuna dialoga con la idea de un juzgamiento oportuno o bien con la aplicación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos para atender ilícitos de menor nivel de lesividad”²⁴⁰.

En efecto en este punto del análisis, se vislumbra que el proceso penal como mecanismo que atribuye responsabilidad a los individuos, debe situarse considerando la realidad, esto significa que debe dar una respuesta oportuna a los conflictos que se le presentan; de modo que frente a diferentes problemáticas exista una variedad de herramientas de las cuales se pueda hacer uso. Esto, en vista de que los bienes involucrados en uno u otro caso presentan distinta valoración; ergo, deben tener desigual tratamiento y sanción. Así, el establecimiento de diferentes procedimientos en el ámbito del proceso punitivo, se configura para evitar que el sistema penal colapse frente al alto número de casos que debe atender. Así, a través de las salidas alternativas y de otros mecanismos de solución se descarga el ordenamiento punitivo, de manera que a la instancia de juicio oral exclusivamente lleguen aquellos casos que presentan mayor relevancia jurídica.

Concretamente en la descongestión del sistema penal, la audiencia de Preparación de Juicio Oral juega un rol fundamental, al ser la etapa que posibilita optar por otros dispositivos de resolución del conflicto, asimismo permite restringir el futuro debate²⁴¹, y

²⁴⁰ BLANCO, Rafael. La reforma procesal en Chile, reconstrucción histórico-política sobre su origen, debate legislativo e implementación.

²⁴¹ Precisamente, este segundo rol es el que conllevan las CP, al delimitar en la audiencia de preparación la controversia a debatir.

En cuanto a la oportunidad procesal para interponer las CP la ley, asevera en la disposición 352 del CPP que “durante la audiencia, el Ministerio Público, el acusador coadyuvante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al Juez que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio”. En consecuencia, el legislador chileno no fija oportunidad precisa alguna, no obstante, para el teórico chileno Cristián Aguilar “el momento

en última instancia excluye cierta prueba. En resumidas cuentas, tiene un papel esencial en el proceso criminal al constituir la instancia de depuración del juicio.

Por lo mismo, la comisión del Congreso encargada de esta materia, expresó que “concordamos en que una de las claves para el éxito de la reforma está centrada en la audiencia de preparación del juicio oral. Si en ella no se realiza un análisis riguroso de la pertinencia y suficiencia de la prueba que se ofrece rendir en el juicio oral, se alargarán considerablemente las distintas sesiones que conformarán la audiencia del juicio oral, sin beneficio para la adecuada resolución de la causa y con perjuicio del despacho regular de las restantes causas”²⁴².

Entonces, de lo expuesto es posible darse cuenta que la convención probatoria constituye una institución que aparte de ser sumamente novedosa en el ámbito punitivo interno, es muy útil para filtrar y delimitar la discusión que será puesta en conocimiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Además, no hay que olvidar que las CP no solamente se presentan en el ordenamiento criminal, sino también constituyen una herramienta que se encuentra en el Derecho de Familia²⁴³ y en la esfera laboral. Asimismo es una institución presente en

oportuno sería terminada la formulación de solicitudes, observaciones y alegaciones de los intervinientes de la prueba ofrecida, pues allí las partes pueden llegar a concluir la existencia de circunstancias fácticas que pueden ser aceptada por los comparecientes”.

En profundidad véase Cristián Aguilar Aranela. Código Procesal Penal comentado y concordado. Santiago, Metropolitana, 2001.

²⁴² Véase Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados; Discusión General, numerando III, “Modificaciones encaminadas a mejorar la coherencia interna del CPP”. Acápites segundo. “Revisión de los medios probatorios y determinación de los que se emplearán en el juicio oral”

²⁴³ La ley 19.968 sobre Tribunales de Familia en su disposición 30ª define a las convenciones probatorias como las “solicitudes hechas de común acuerdo al juez de familia, durante la audiencia preparatoria, para que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral”. Así, a modo de ejemplo en un juicio de alimentos, las partes podrán acordar una suma de dinero, el número de alimentarios o la declaración de un inmueble como bien familiar. Con la limitación de que no se aprobarán aquellas convenciones que sean contrarias a Derecho, como lo sería por ejemplo aquella que elimina los requisitos legales para el divorcio o la separación.

Algunos doctrinarios se muestran desconfiados de la utilidad real de esta nueva herramienta en el ámbito de familia. Específicamente Juan Pómez Andrade manifiesta que “esta norma no será muy operante, por suponer el acuerdo conjunto, el que rara vez se va a dar en materias de familia. Discrepamos de este autor, pues en materias como las que hemos señalado es difícil, por la objetividad de algunas de ellas, restarse a un acuerdo, más aún en presencia de un juez”.

el Derecho Comparado, a través de otras denominaciones eso sí, como estipulaciones probatorias en Colombia²⁴⁴ y Venezuela²⁴⁵, y una figura similar recogida en Estados Unidos e Italia con el nombre de *discovery*. En el primero se reconoce antes del juicio, y en Italia se configura de manera escalonada a lo largo del proceso. No obstante, el *discovery* más que dar por acreditados ciertos hechos, se atiene a un descubrimiento de información entre los intervinientes, donde se muestran recíprocamente los medios de defensa. En este punto, Damaska efectúa una advertencia, al afirmar que el *discovery* “ha de guardarse en un marco estrecho: sólo ha de intercambiarse la

Además lo anterior resulta más factible si se tiene en cuenta que la iniciativa no sólo proviene de las partes, sino también puede emanar del juez, quien podrá formular proposiciones sobre la materia, considerando los razonamientos de hecho comprendidos tanto en la demanda como en la contestación de ésta.

Asimismo, es menester, que el juez compruebe que el consentimiento ha sido prestado en forma libre y voluntaria, con plena comprensión del efecto que va a ocasionar la convención. Ahora, la interrogante a responder es ¿qué pasa si las partes que celebraron la convención estaban afectadas por algún vicio del consentimiento, como error, fuerza, o dolo? Se entiende que las CP como todo acuerdo de voluntades son susceptible de nulidad al ser fruto de un consentimiento viciado, que no se atiene a la voluntad real de las partes.

Por último es relevante mencionar que debido a la naturaleza del conflicto familiar no se genera la problemática de la verdad, pues a diferencia del proceso penal donde el objetivo es la búsqueda de la verdad, en el área de familia, perteneciente al derecho privado, lo que se persigue es la resolución de un conflicto del ámbito personal, por lo mismo los principios son distintos al procurar una meta diversa. Damaska apunta a este último punto, efectuando una interesante reflexión, al preguntarse “¿quién habría de tener soberanía para determinar qué hechos deben decidirse en un pleito: las partes o el juez? La respuesta está implícita en el propósito del proceso de resolución de conflictos: dado que el objetivo procesal es la resolución de disputa, los parámetros de la disputa deberían ser establecidos por los contendientes. El demandante o el fiscal eligen qué alegar; y el acusado decide qué debe aceptar y qué rechazar; lo que no es objeto de competición no debe ser objeto de prueba. Aunque el juez pueda tener buenas razones para considerar hechos que no están en disputa entre las partes, al hacerlo se volvería inquisitivo por sí mismo y dejaría de limitarse a resolverla controversia. Cuando al juez se le permite ir más allá que los alegatos de las partes, el interés del Estado en implementar sus políticas y programas puede posponer los intereses de las partes en resolver la disputa”. Damaska. Ob. cit. en n. 42, p. 193.

En profundidad véase Joel González Castillo. Las convenciones probatorias y la exclusión de pruebas en los juicios seguidos ante los tribunales de familia. Gaceta jurídica, 2006.

²⁴⁴ El artículo 356 de la Ley 906 del año 2004 del Código Procesal Penal Colombiano, concibió a las estipulaciones probatorias como los “acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados algunos de los hechos o sus circunstancias”. De modo que se puede establecer la imputación fáctica, tanto objetiva como subjetiva, y la imputación jurídica. Por el contrario, no se puede estipular respecto a la responsabilidad del acusado.

²⁴⁵ En Venezuela la disposición 200 del Código Orgánico Procesal Penal, reconoció las estipulaciones probatorias como “acuerdos bilaterales de las partes intervinientes en el proceso penal, en razón de las cuales se admite un hecho o determinados hechos, con el objeto de prescindir de la presentación del medio o de los medios de pruebas encaminados a demostrarlos”. De ahí que la finalidad de incorporar esta institución sea darle celeridad al juicio, de forma que se centre únicamente en la controversia.

información necesaria para una competición justa. El intercambio debe, desde luego, ser mutuo. Cuando a una parte se le permite un tipo de goles que no se le permite a la otra, se ha violado la premisa de la igualdad de partes²⁴⁶.

Por último, independiente de las diferencias que puedan existir entre los mecanismos presentes en los más diversos sistemas punitivos, al final de cuentas los ordenamientos vigentes en la actualidad comparten la idea de que el proceso penal debe tener herramientas que permitan darle celeridad al juicio, de manera de concentrarse en la controversia, y no en aquello sobre lo que existe consenso.

2. Convenciones probatorias y verdad.

En este subcapítulo de la investigación se analizará la relación existente entre las CP y la finalidad de búsqueda de la verdad en el proceso penal. Ello, en el entendido de que esta nueva institución jurídica viene a dar por acreditados ciertos hechos, sin la necesidad de prueba, al existir consenso entre los intervinientes y aprobación judicial.

Esta lógica de sustraer de la discusión del juicio oral determinados enunciados fácticos y darlos por acreditados, ineludiblemente implica renunciar a configurar la relación directa con el objeto y a su vez, se traduce en desistir al menos en algún grado, a la reconstrucción de la verdad material. Por eso, en este apartado de la tesis se examinará la interrelación que se genera en el proceso punitivo nacional, entre las CP y la indagación de la verdad, precisando lo conflictivo de la dinámica.

En primer lugar, si se considera que uno de los propósitos esenciales del proceso penal es fundar la sentencia en la reconstrucción de la verdad, ello generaría al menos una tensión con las CP, ya que de la idea misma de convención fluye una comprensión de lo acreditado, como dado tan sólo en virtud de dicho acuerdo, y no de lo realmente

²⁴⁶ DAMASKA. Ob. cit. en n. 42, p. 228.

verificado en el plano fáctico. Negarse a ver la tensión que se produce, me parece que no se hace cargo del problema y se reduce a la buena intención de lograr una conciliación donde lo que hay es conflicto. Así, cuando los intervinientes asumen un rol en la construcción de la prueba, eso se traduce en la comprensión de la verdad como un verdad consensual, es decir, lo verdadero pasa a ser lo consensuado como tal, con cierta prescindencia de la relación entre lo consensuado y la realidad de lo mismo.

De esta manera, según Hassemer, si se efectúa un paralelo con los demás mecanismos de negociación insertos en el ámbito penal, esta nueva herramienta al igual que las otras instituciones, conlleva “en nuestra estructura procesal nada menos que el prescindir sistemáticamente de la búsqueda de la verdad; esa es precisamente su importancia sociológica procesal”²⁴⁷.

En consecuencia, este mecanismo envuelve algún grado de renuncia a la verdad material, y su reemplazo por la verdad como acuerdo intersubjetivo, debido a que la decisión del juez recae sobre lo consensuado como real y no directamente sobre lo real. Ello es, de hecho al menos, una mediatización del recurso a la verdad, porque entre lo real y lo probado, está lo consensuado. Por lo mismo, el chileno Rodrigo Cerda en su texto “Etapa Intermedia, juicio oral y recursos” sostiene que la convención probatoria “reafirma la idea de que en este nuevo sistema la verdad histórica puede ser redefinida por las partes, ya sea de común acuerdo o a través de las teorías del caso”²⁴⁸. Por consiguiente, con esta nueva herramienta se está adhiriendo a una postura consensualista, donde la verdad únicamente podrá explicarse “echando mano de la dimensión pragmática del lenguaje...Y, así verdad significará el sentido del empleo de los enunciados en afirmaciones cuyo referente ‘práxico’ sea una determinada clase de actos de habla. En otras palabras, una acción es significativa, es decir, puede alcanzar el valor de verdad cuando se integra en un contexto comunicativo”²⁴⁹

²⁴⁷ HASSEMER. Ob. cit. en n. 51, p. 12.

²⁴⁸ CERDA San Martín, Rodrigo. Etapa intermedia, juicio oral y recursos. Librotecnia, Santiago, 2003, p. 44.

²⁴⁹ GONZÁLEZ Arnaiz, Graciano. La teoría consensual de la verdad en J. Habermas [en línea] <<http://fs-morente.filos.ucm.es/docentes/arnaiz/textos/Habermas.pdf>> [consulta: 2 agosto 2011]

En este punto, la profesora María Inés Horvitz efectúa una pertinente aclaración, al esclarecer que la concepción consensualista de Habermas y de Apel, se postula desde un “paradigma epistemológico trascendental, en el sentido de que sus exigencias se hallan presupuestas, incoactivamente, en toda clase de comunicación, esto es, en un discurso libre de dominación, propio de la ética discursiva y, por lo tanto, no aplicable a los discursos prácticos o institucionales (como el del proceso penal) sino como suposición contrafáctica. Por ello, porque se da por supuesto que dicha situación ideal no ocurre nunca en el proceso penal, es que sirve esta teoría como instancia crítica frente a las pretensiones de verdad o de validez que se plantean respecto de cualquier discurso real”²⁵⁰.

Entonces como la docente argumenta, en este punto del examen se hace vital no confundir “las posiciones que postulan el consenso no cognitivo, basado en la coherencia contextual de la narración o en consideraciones meramente táctico procesales como base legitimante del proceso penal y la sentencia con aquellas como la concepción consensualista de la verdad sostenida por Habermas, postulan el consenso con valor cognitivo como finalidad del proceso, esto es, una verdad basada en un consenso racionalmente fundado, como *adaequatio intellectus et rei*”²⁵¹. En este sentido, la hipótesis habermasiana se instaura a partir de la idea de verdad inscrita en una estructura de comunicación. Es decir, para este filósofo alemán, la verdad se asienta a través del discurso en un mundo ideal, a diferencia de lo que acontece en el ámbito procesal, donde lo coercitivo juega un rol fundamental.

Por tanto, consciente de la advertencia realizada, en este punto del análisis se prescindirá de la teoría de Habermas, en el entendido de que su concepción al configurarse especialmente respecto a la hipótesis de los actos de habla, resulta ajena a la esfera procesal penal. De ahí, que la crítica se centrará en aquella teoría de la verdad que se establece como simple pacto entre los intervinientes fundado en motivos estratégico-judiciales. Ello, puesto que el consenso que se alcanza en esa concepción lo es, con independencia de si la verdad tiene o no correspondencia con los hechos acaecidos en el plano fáctico y que son reconocidos en el juicio.

²⁵⁰ HORVITZ y LÓPEZ. Ob. cit. en n.88, p. 515.

²⁵¹ *Ibíd.* p. 42.

Una vez esclarecido lo anterior, es menester comprender que esta lógica que lleva consigo las CP no deja de ser problemática, tanto a nivel teórico como práctico.

Desde un plano teórico, la convención probatoria resulta conflictiva, ya que cuando la verdad se entiende como construcción a partir del acuerdo intersubjetivo, lo que se hace es contrastar concepciones sobre lo real y no acudir de manera directa a lo real. De ahí que desde este enfoque, la construcción de la verdad no se establezca como una relación sujeto-objeto, sino un vínculo entre sujeto-sujeto, ya que independientemente de que los intervinientes tengan representaciones sobre los acontecimientos, basta con el acuerdo entre sus representaciones, y no entre la representación y los hechos, para dar por acreditado lo afirmado. Ergo, como se percata de lo expuesto, la idea misma de convenciones en el seno de un sistema acusatorio involucra una cierta transacción que prescinde de la comprensión inquisitiva de la verdad como realidad material-objetiva-histórica por una realidad intersubjetivamente construida. Lo que sin duda no deja de ser polémico, pues las CP al fundarse en lo consensual se traducen en desistir a la reconstrucción de la verdad como correspondencia en el proceso penal.

Sin embargo, la dinámica que se genera con las CP en el proceso punitivo no es per se negativa; si se considera por ejemplo, que en el sistema inquisitivo donde el órgano que investigaba era el mismo que juzga, la búsqueda de la verdad envolvía una suerte de verdad a cualquier precio, lo que entraba en pugna con las garantías individuales. Es básicamente, en base a la protección de dichas garantías esenciales, que se sustituye el modelo inquisitivo por el acusatorio. Ahora, el reemplazo de régimen procesal tiene un costo que se manifiesta en negarse a alcanzar siempre y en todo caso la verdad. Un caso paradigmático de este precio que debe pagar el Estado de Derecho, es la exclusión de la prueba ilícita, donde existe una clara renuncia a la verdad en atención al respeto a las garantías fundamentales.

Además, si se tienen en cuenta las limitaciones²⁵² que existen en el proceso punitivo para alcanzar a la verdad, ya sea a nivel de recursos o de tiempo, se percata que las

²⁵² En profundidad vid. capítulo III, número 3 denominado: "Limitaciones a la búsqueda de la verdad".

CP constituyen una institución que resulta sistémica a la lógica del proceso penal vigente en Chile. Esto debido a que la solución acusatoria forzosamente implica, a través de sus variadas restricciones y mecanismos, renunciar en cierta medida a la finalidad de buscar la verdad; y las CP se concebirían en el mismo sentido, al “abrir la puerta” a que se configure en el ordenamiento criminal una verdad consensual que no se atiene a la constatación de los hechos, sino que se remite exclusivamente a lo pactado por los intervinientes.

Precisamente, esta renuncia a la indagación de la verdad por parte del mismo sistema punitivo y de las CP, se concibe en el entendido de que en el actual proceso penal se encuentran diversos intereses en juego, que muchas veces pugnan entre sí por imponerse. Por lo que deben ser armonizados de manera acorde a los principios que sustentan el ordenamiento jurídico. Comprendiendo en todo momento, que si bien es fundamental que el proceso se oriente a la búsqueda de la verdad, ésta no puede ser conseguida a cualquier precio. Admitir lo contrario, sería socavar las bases en las cuales se sustenta el proceso penal democrático. Entonces, en la configuración del proceso criminal la indagación de la verdad debe conjugarse con otros valores, como el respeto de las garantías fundamentales del individuo y la igualdad de los intervinientes; de forma tal que el proceso sea capaz de satisfacer esos principios en conjunto con otros intereses, como la celeridad y la economía procesal. Particularmente, este requerimiento se instaura en la medida que el ordenamiento punitivo debe erigirse, como un mecanismo racional, y a la vez, eficiente, de atribución de responsabilidad.

Así, desde la perspectiva que la celeridad constituye al mismo tiempo un componente de la justicia, se incorporan instituciones tales como el procedimiento abreviado y las CP. El primero dispensa de la prueba, en virtud de que el imputado asume la veracidad de las afirmaciones de los hechos, y sujeta al juez en el caso de dictar sentencia condenatoria, a que restrinja la pena a cierto lapso de años. Mientras que la segunda, únicamente sería una herramienta de simplificación procesal que frente al consenso y la no controversia de determinados hechos, los da por acreditado.

En efecto, a diferencia del procedimiento abreviado, las CP implican una aceleración del proceso pero no la renuncia al juicio oral, debido a que aunque en éstas exista una

importante intervención de la voluntad de las partes, meramente se persigue reducir el tiempo de duración de los procedimientos. Por lo tanto, si bien las CP se asimilan al abreviado al inspirarse en razones de carácter utilitario para reforzar la perspectiva del consenso, se diferencian además de lo visto, en que en las convenciones basta la aceptación de los enunciados fácticos por parte del acusado. Es decir, el juez de garantía en la audiencia de preparación, no tiene el deber de comprobar que las proposiciones sobre hechos se basen en circunstancia alguna de la investigación²⁵³. Por eso, la profesora Horvitz, reflexiona que si el mismo legislador nacional evaluó conveniente “la aplicabilidad del procedimiento abreviado a delitos graves y planteó un límite para su procedencia, es claro...que las convenciones probatorias en el procedimiento ordinario, sobre hechos esenciales para el establecimiento de la responsabilidad criminal, no resultan ni legítimas ni procedentes”²⁵⁴.

Justamente, la apreciación que efectúa la docente chilena en este punto de la materia, se enmarca dentro de la lógica de que resulta ineludible que existan límites al establecimiento de convenciones en el proceso penal, ya que se requiere que la respuesta judicial que se adopte se corresponda con la realidad, de modo tal que la decisión jurídica se atenga al ideal de justicia que demanda todo ordenamiento democrático.

Por otra parte, por la importancia que envuelven las CP para el ideal de verdad, es menester en esta sección de la memoria, hacer mención a la extensión material que tienen las convenciones en el sistema interno.

En este asunto, la ley no establece ningún límite material en cuanto a su ámbito de aplicación; en el sentido de delimitar ex ante si las CP pueden recaer sobre todos los hechos de la acusación, solamente respecto al suceso principal, u otras alternativas. En consecuencia si el código del ramo no regula la materia, el vacío legal podrá resolverse a través de la doctrina.

²⁵³ Por lo que la profesora Horvitz considera que de manera similar a lo que ocurre en el procedimiento abreviado, en la convención probatoria el juez de Garantía debe comprobar el consentimiento del imputado, de modo de eliminar la duda, en aquellos casos en que existan incertidumbre respecto de su voluntad.

²⁵⁴ HORVITZ y LÓPEZ. Ob. cit. en n. 88, p. 44.

Al respecto, los teóricos estiman que la convención probatoria debe estar limitada, pues es imposible dispensar al proceso penal del periodo de prueba, en la medida que ésta constituye el sustrato primordial que utiliza el juez para construir su sentencia; y asimismo, debido a que es lo que le entrega legitimidad a la decisión judicial, al fundarse en la verdad como correspondencia.

Por eso, para el nacional Rodrigo Cerda lo que no se puede admitir es que mediante esta herramienta se den por establecidos todos las circunstancias fácticas que conforman el comportamiento del acusado, “del tipo penal, de la antijuricidad y la culpabilidad, reservándose el debate probatorio posterior a cuestiones accesorias, o bien, al juicio de derecho”²⁵⁵.

Por su lado, María Inés Horvitz reafirmando lo dicho por su par, agrega que independiente de que la ley no configure restricciones, “las limitaciones surgen del fundamento de legitimación del juicio oral, único rito que permite que operen todas las garantías procesales, cuya función principal es asegurar que la decisión que se adopte judicialmente lo sea de un modo cognoscitivo, y no meramente convencional”²⁵⁶.

Entonces, ahora es crucial determinar ¿cuáles son esas limitaciones a las que hace referencia la docente chilena? y ¿cómo se configuran en la práctica?

Pues, si bien se reconoce la necesidad de delimitar las CP, por la importancia de mantener el sentido del juicio oral; al mismo tiempo, no existe un camino claro para establecer las restricciones requeridas. De ahí que su solución será una cuestión que quedará al arbitrio del juez. Eso sí, el juzgador en su tarea debe considerar que las CP únicamente pueden recaer sobre los enunciados de hechos que conforman el objeto del juicio oral, esto es, sobre aspectos de fondo. Ergo, no pueden referirse a cuestiones del procedimiento²⁵⁷, como lo serían por ejemplo los medios probatorios. Y además, el juez en su actuar debe tener presente que a través de las CP no pueden darse por establecidos todos los enunciados fácticos que configuran la responsabilidad punitiva.

²⁵⁵ CERDA. Ob. cit. en n. 248, p. 45.

²⁵⁶ HORVITZ. y LÓPEZ. Ob. cit. en n. 88, p. 44

²⁵⁷ Según instructivos generales de la Fiscalía Nacional de Chile.

En consecuencia, el tribunal no podrá condenar a una persona exclusivamente por lo acordado en las CP, ya que no es posible aplicar una sanción teniendo como único respaldo lo establecido por los intervinientes. Ello, no es posible porque la finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, ese es el norte a seguir en el ámbito punitivo. Por ende, no se puede condenar a un individuo, sin tener como presupuesto básico adecuarse a la realidad, independientemente de que en la práctica, el resultado que se alcance sea una verdad relativa y aproximada al contexto.

Reafirmando lo sostenido, el catedrático Mario Rojas agrega que el ordenamiento chileno cuenta con el inciso tercero del artículo 340 del CPP, es decir, con una disposición que prohíbe condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración. Por eso, quien debería tener precaución es más bien, el fiscal o el querellante, ya que si amplían en demasía el ámbito de las convenciones, podría darse el caso que debido a la imposibilidad jurídica de condenar, se dictaría sentencia absolutoria.

Ahora, tomando la analogía que efectúa Foucault en su texto “La verdad y las formas jurídicas”, es posible comparar la dinámica presente en Edipo Rey con la lógica que debe estar detrás de toda resolución judicial. Concretamente, en la novela de Sófocles, la solución del conflicto dada por determinar quién es el autor de la muerte del rey Layo, se alcanza comparando diversos testimonios. Lo que en términos jurídicos, se traduce en que la sentencia no puede ser fruto solamente de lo acordado en las CP, sino que además requiere prueba que demuestre que lo resuelto se condice con la realidad. Entonces, realizando un paralelo, la decisión judicial no se puede tomar considerando el testimonio de Yocasta o lo configurado en las CP, ya que para reconocer la “autenticidad del mensaje” se necesita otros elementos probatorios que permitan arribar a una solución correcta. Pues, como constata hábilmente el dogmático francés, “el poder se manifiesta, completa su ciclo y mantiene su unidad gracias a este juego de pequeños fragmentos separados unos de otros, de un mismo conjunto, un objeto único, cuya configuración general es la forma manifiesta del

poder... Así para ir más allá de un poder que se ennegueció como Edipo, están los pastores que recuerdan y los adivinos que dicen la verdad”²⁵⁸.

En consecuencia, la exigencia de prueba al tener que verificar los enunciados fácticos para alcanzar una decisión jurídica, asegura de cierto modo que la solución obtenida será coherente con los criterios de realidad. De esta forma, la facultad de control del sentenciador no pierda fuerza, en la medida que a través de la libre valoración de la prueba, puede sopesar lo pactado en las CP con las pruebas rendidas, manteniendo su rol de garante del proceso.

Lo precedentemente planteado, se postula en tanto que puede acontecer que en el juicio oral se rinda prueba que no sea coincidente con lo establecido por los intervinientes en la CP. En ese contexto, surgen las siguientes preguntas: ¿cómo se resuelve aquello? ¿qué ocurre si se aprueba una CP, y posteriormente al presentarse una prueba, ésta desvirtúa o contradice lo pactado en la convención? ¿el Tribunal Oral se encuentra obligado a respetar lo acordado por los intervinientes y aprobado por el Juez de Garantía?, por ejemplo ¿qué pasa si en el auto de apertura se acuerda que la causa de la muerte de la víctima fue por infarto cardíaco, y posteriormente el perito que confeccionó el informe de defunción señala que la muerte se debió a un envenenamiento? o ¿qué acontece si se pactó que el robo fue con fuerza, y después al declarar los testigos manifiestan que los candados no fueron forzados?

Es fundamental responder a estas interrogantes, no exclusivamente pues estas situaciones pueden darse en la práctica judicial, sino más bien porque es vital que teóricamente las CP sean coherentes con los principios que inspiran el proceso penal, y que al final de cuentas, son los que le otorgan legitimidad al Derecho como sistema normativo.

Al respecto, el chileno Rodrigo Cerda asevera que las CP “demuestran que la búsqueda de la verdad material deja de ser una regla básica del proceso penal,

²⁵⁸ FOUCAULT. Ob. cit. en n. 29, p.25.

permitiéndose la existencia de verdades simplemente procesales, consensuadas, vinculantes para el tribunal sentenciador”²⁵⁹.

Por el contrario, la profesora Horvitz objetando lo dicho por Cerda, argumenta que derivar que las CP “son vinculantes para el tribunal constituye un salto ilógico sin fundamento alguno, pues no existe ninguna norma que las sustraiga del proceso valorativo a que se refiere el artículo 297 CPP. Sólo podría afirmarse, en consecuencia, que tales hechos deben ser objeto de valoración en la sentencia. Nada más.”²⁶⁰

Según mi parecer, quien está llamado a resolver no puede verse compelido por un acuerdo de los intervinientes, que establece como dado determinados hechos que no se corresponden con la realidad o que se contrarían con lo probado en el juicio oral.

En efecto, el tribunal no puede obligarse a lo fijado en las CP, debido a que “los jueces son libres de dar por establecidos los hechos sometidos a convención probatoria o, por el contrario, considerarlos desvirtuados por las otras pruebas rendidas en el juicio, existiendo sólo la obligación de fundamentar su proceder en los términos que expresan los incisos 2º y 3º del artículo 297 del CPP”²⁶¹. Por tanto, en la valoración de la prueba, el magistrado sólo se encuentra obligado, a hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida. Entendiendo en este sentido que debe señalar los medios probatorios con que los hechos se dieron por acreditados, y su justificación debe ser tal, que permita la reproducción del razonamiento utilizado.

En este contexto, el catedrático Guillermo Ormazábal reflexiona “¿en qué medida es el juez libre para fundar jurídicamente la sentencia de modo diverso al que las partes fijaron como coordenadas o marco jurídico del debate?... Tratándose de inquirir sobre la extensión y límites de la actividad enjuiciadora de los tribunales, la cuestión remite de lleno al tratamiento sobre el objeto del proceso. Y ya en este ámbito, el problema no radica ni en los límites subjetivos del enjuiciamiento ni está relacionado con el objeto o

²⁵⁹ CERDA. Ob. cit. en n. 248, p. 44.

²⁶⁰ HORVITZ y LÓPEZ. Ob. cit. en n. 88, p. 42.

²⁶¹ *Ibíd.*, p. 43.

contenido de la tutela pretendida, sino que versa sobre el problema de la fundamentación²⁶².

De este modo, se colige que la percepción judicial dice relación con la exigencia de motivación, en el sentido de que cuando el juez considera que lo sustentado por los intervinientes no se atiene a lo verificado en el juicio, debe dar razones de su diferente apreciación, pues si bien tiene libertad para valorar los hechos, debe en su actuar proporcionar los elementos necesarios para que la ciudadanía pueda reproducir su razonamiento.

Por otra parte, Cerda alega que “al permitir que el juez de garantía se involucre e incida en el establecimiento de los hechos, se rompe el principio de unidad del juicio jurisdiccional de los hechos, en que la labor de su establecimiento queda entregada a un mismo y único tribunal. Se produce, en consecuencia una importante limitación a la generación del juicio del hecho que se contiene en la sentencia definitiva²⁶³. En suma, el autor chileno apunta a la relación entre el juez de Garantía y el Tribunal Oral en lo Penal, en el sentido de cómo incide la fijación de los acontecimientos por parte del primero, en la tarea de enjuiciar del segundo.

Lo precedentemente expuesto, con la consiguiente merma en la inmediación, entendida tanto como “observación inmediata (Florián), como forma de acortar las distancias (Carnelutti), o de integral y directa percepción por parte del juez de la prueba (Silva Melero).”²⁶⁴

Independiente de las diferentes acepciones que puedan existir sobre el principio de inmediación, para dar respuesta a la objeción presentada por Cerda, se debe distinguir entre dos momentos del proceso punitivo, uno dado por la admisión de la prueba, y el otro establecido por la valoración judicial.

²⁶² ORMAZABAL Sánchez, Guillermo. *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007, p.17.

²⁶³ CERDA. Ob. cit. en n. 248, p. 45

²⁶⁴ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación, una aproximación crítica. *Jueces para la Democracia*, (46), marzo 2003.

El primero, constituye un momento que es propio de la audiencia de preparación de juicio oral, donde el magistrado cuenta con la facultad para determinar qué es lo que se probará. Esta depuración, como se le podría denominar a la tarea que realiza el juez de Garantía, no implica transgredir la tan necesaria inmediación entre el juzgador y la prueba, ni tampoco limitar el juicio de hecho que efectuará el juzgador oral posteriormente, sino que únicamente persigue determinar la prueba a rendir, excluyendo aquella que sea repetitiva, inútil o ilícita.

A su vez, el segundo ámbito se corresponde a una esfera netamente privativa del Tribunal Oral, por eso su carácter está guiado por el estándar de libre valoración, el que se identifica esencialmente por no fijar reglas que predeterminen el resultado probatorio. De ahí que el tribunal sentenciador en su labor sólo se encuentra sujeto a la lógica y a la racionalidad, esto significa que en su tarea el juez debe atender a criterios epistemológicos, que permitan controlar la respuesta jurisdiccional, por parte de la sociedad.

Por lo tanto, se deduce que las CP no serían vinculantes para el juzgador, debido a que el tribunal sólo se encuentra obligado en su tarea jurisdiccional, a atenerse a la sana crítica. De modo que si el juez no concuerda con las CP, puede desecharlas argumentando adecuadamente su rechazo. Esto es así, pues el arribo a una decisión judicial debe ser fruto de un razonamiento que se asiente en la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y en las máximas de experiencias, y si según el tribunal, lo acordado por los intervinientes no se atiene a estos criterios puede descartar las mentadas convenciones.

Lo anterior, en palabras de Taruffo, se traduce en que “cuando el tribunal considera que ninguna de las historias ofrecidas por las partes ha sido sustentada por pruebas adecuadas, articulará una historia diferente basada en una reconstrucción autónoma y original de los hechos del caso, que tendrá que estar fundada en las pruebas que el tribunal ha tomado en consideración”²⁶⁵.

²⁶⁵ TARUFFO. Ob. cit. en n. 11.

Entonces, como se percata de lo planteado, el proceso penal por medio de la prueba, le entrega al juez mecanismos que le permiten verificar que lo establecido por los intervinientes se corresponda con el plano fáctico; y en caso contrario, si se rinde prueba que desvirtúa lo acordado, desechar las convenciones, pues y haciendo una comparación con lo dicho por Foucault, la decisión alcanzada debe evitar cualquier ceguera y ser coherente con los “que recuerdan” y “dicen la verdad”.

De ahí que, ahora surge la duda que reza lo siguiente ¿para qué se incorpora la convención probatoria en el proceso punitivo nacional? ¿cuál sería su utilidad en el ordenamiento penal chileno?

Según, la doctrinaria María Inés Horvitz, esta herramienta “tiene como única finalidad evitar que ciertos hechos invocados por las partes deban ser probados en el juicio, a través de los medios de prueba contemplados en la ley, si no existe controversia sobre su existencia.”²⁶⁶

En consecuencia, las CP se crean en el ordenamiento punitivo patrio con el objetivo de simplificación procesal, o sea, nada más que para acortar la discusión respecto a proposiciones sobre acontecimientos que no se encuentran controvertidas.

Sin embargo, aquello que se previó como una mera simplificación del proceso, termina generando otras consecuencias que resultan más complejas, como por ejemplo el mismo hecho de que en la práctica las CP descartan la confrontación entre los intervinientes.

Esta supresión del debate, incide en que las CP sean vislumbradas como “peligrosas puesto que abren la puerta a la manipulación de los hechos, a que se presenten las historias diseñadas para los intereses de quién las presenta, y no las más verídicas conforme a la correspondencia con lo sucedido. Peligroso claro, porque de aceptarse estas historias, se abre un camino sin regreso respecto de la averiguación de la verdad”²⁶⁷.

²⁶⁶ HORVITZ y LÓPEZ. Ob.cit. en n. 88, p. 42.

²⁶⁷ FUCHS. Ob. cit. en n. 45, p. 73

Reafirmando lo planteado, Damaska apunta a la complejidad de determinar fidedignamente los acontecimientos si éstos resultan establecidos por los intervinientes.

Al respecto, el connotado teórico reflexiona “¿pero qué hay de la exactitud de la determinación de los hechos comprobados en el proceso dominado por las partes? En tanto que los litigantes, actuando en su propio interés, no carecen de incentivos para actuar, también pueden sentirse motivados a ocultar la verdad. Una hábil orquestación de las pruebas más bien puede obscurecer antes que clarificar lo que ha ocurrido en la realidad”²⁶⁸.

Por lo mismo, la doctrina ha sido conteste en este punto, al destacar el primordial papel que cumple la confrontación entre la acusación y la defensa, como medio para alcanzar la verdad en el proceso penal. En el entendido de que una concepción más dialéctica (por decirlo de algún modo) propia del acusatorio, con dos partes enfrentadas intentando convencer al juez, acerca en mayor medida a la verdad, al existir otra tesis con el cual contrastar una postura. Así, la importancia que tiene la confrontación para el ordenamiento punitivo, se sintetiza en palabras de Nicolás Guzmán, en que “la posibilidad de contraste implica la posibilidad de control, en función del cual se cumplirá mejor la verificación de la fiabilidad de una prueba producida con anterioridad”²⁶⁹.

No obstante, Félix Herzog en su texto sobre la crisis de los principios en el proceso punitivo, apuntando a la realidad que se establece en el ordenamiento nacional, argumenta que “no se puede esperar que la verdad surja de la contradicción entre la acusación y la defensa, sino que en el proceso penal influyen cuestiones de poder social y político que sólo pueden resolverse mediante el compromiso. Ya no sirve el principio de legalidad procesal, sino que se negocia a partir de una distribución políticamente inteligente de los recursos de la pretensión punitiva estatal”²⁷⁰.

²⁶⁸ DAMASKA. Ob. cit. en n. 42, p. 211.

²⁶⁹ GUZMÁN. Ob. cit. en n. 26, p. 145.

²⁷⁰ HERZOG. Ob. cit. en n.120.

Justamente, lo que quiere advertir este autor chileno, es recogido por los trasandinos Alberto Bovino y Christian Courtis en su artículo denominado “Por una dogmática conscientemente política”.

En este texto, entre otras cuestiones, los catedráticos sustentan que “el mayor grado de materialización de los principios del discurso teórico depende de múltiples condicionamientos sociales y políticos, muchas veces externos a los órganos que aplican el Derecho. Aun en el caso de un alto grado de materialización de los principios utópicos, siempre habrá un espacio en el que esos principios sean ignorados”²⁷¹. Esta zona ignorada, que acusan los docentes argentinos, se manifiesta en el proceso punitivo nacional en la idea de que “la contienda entre la eficiencia y la garantía se soluciona de diversos modos, según las clases sociales envueltas”²⁷².

Particularmente, en el mensaje del Código Procesal chileno, el ex presidente Eduardo Frei constató la dinámica planteada, en los siguientes términos: “es el sistema procesal penal el sector del Estado en el cual las formas más abusivas hacia las que tiende el poder suelen manifestarse. Las víctimas de esas infracciones cotidianas a los derechos de las personas suelen ser los sectores que los procesos de modernización excluyen, haciéndolos extremadamente vulnerables... se necesita evitar que el sistema penal produzca marginalidad y, en fin, se requiere maximizar la imparcialidad y la eficiencia del sistema legal en su conjunto”²⁷³, puesto que es claro que las personas pertenecientes a los sectores socioeconómicos más bajos sufren mayores abusos y represiones por parte del sistema normativo.²⁷⁴

²⁷¹ BOVINO y COURTIS. Ob. cit. en n. 2.

²⁷² Si se analiza desde una perspectiva que va más allá del plano normativo y se hace un paralelo con el ámbito musical, se percatara que desde siempre los cantautores han denunciado esta desigualdad en la administración de la justicia. Por ejemplo, Violeta Parra lo hizo con su famosa canción “La carta”, en la que alega que: “en mi patria no hay justicia: los hambrientos piden pan, plomo les da la milicia, sí. De esta manera pomposa quieren conservar su asiento, los de abanico y de frac, sin tener merecimiento. Van y vienen de la iglesia y olvidan los mandamientos, sí. ¿Habrased visto insolencia, barbarie y alevosía, de presentar el trabuco y matar a sangre fría a quien defensa no tiene con las dos manos vacías?”. De igual modo, León Gieco, previene de esta situación con su canción denominada “La memoria”, al cantar por “la justicia que mira y no ve”.

²⁷³ Mensaje del Código Procesal Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 11.

²⁷⁴ Esta desigualdad queda de manifiesto en el documental brasileño denominado “La isla de las flores”. En este potente material audiovisual, Jorge Furtado hace un llamado a percatarse de

En un mismo sentido, se expresa el profesor Jean Pierre Matus, quien sostiene que el Código Penal vigente “regula y castiga delitos que cometen las clases más desfavorecidas de la sociedad. Otros delitos, como de contaminación, tributarios y aduaneros, por ejemplo, tiene regulaciones especiales, baja penalidad y desproporciones no casuales a favor de las clases privilegiadas. Y añade, no está claro que la sociedad actual quiera cambiar eso”²⁷⁵, lo que sin duda no deja de ser preocupante, ya que gran parte de la eliminación de esta dinámica depende de que exista la voluntad política para transformar la lógica vigente²⁷⁶.

En consecuencia como se logra vislumbrar, el sistema punitivo chileno poseía una selectividad propia que era discriminatoria, ya que como señala el mismo Código de la materia, el ordenamiento penal reproducía los sistemas de estratificación nacional perjudicando únicamente a los sectores de la sociedad más vulnerables. Frente a esta arbitraria realidad, la necesidad de transformar el modelo resultaba aún más apremiante. Requerimiento que se concreta finalmente con el inicio de la puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal en el año 2000. Este nuevo paradigma vino a instaurar en Chile el modelo acusatorio en el ámbito penal.

Según el rector Carlos Peña, el sistema punitivo que se instauró en el país, se caracteriza por asentar un juicio que “constituye un debate entre sujetos dotados de igualdad de armas ante un tercero imparcial y donde el Estado o la sociedad asumen

la dura realidad que viven los sectores desposeídos, hasta el punto de que para subsistir se pelean con cerdos para lograr basura. A través de este medio visual, el artista brasileño, logra efectuar una reflexión amplia sobre lo que involucra la situación de los más vulnerables. En síntesis, pone sobre el tapete la disyuntiva de ¿cómo la sociedad se hace cargo de los excluidos del sistema? Al parecer, la respuesta es que la democracia no alcanza para todos, sino para unos cuantos privilegiados.

²⁷⁵ Véase: Expertos concuerdan que hay que enfrentar modernización del Código Penal vigente, El Mercurio, Santiago, Chile, 19 octubre, 2011, C-9.

²⁷⁶ Al respecto, el profesor Miguel Soto Piñeiro asevera que “debe refundirse toda la legislación penal en un cuerpo legal gobernado con los mismos principios...Eso significará eliminar las leyes especiales”.

Asimismo considera que actualmente no es el mejor momento para discutir un proyecto de tal magnitud, en vista del actual Congreso y del “neopunitivismo que nos gobierna” [en línea] <<http://www.mer.cl/modulos/catalogo/paginas/2011/10/19/MERSTNA009CC1910.htm?tipoPantalla=1280>> [consulta: 20 octubre 2011]

una condición de igualdad respecto del ciudadano imputado y se obligan, entonces, a debatir ante los jueces si lo que afirman es o no verdadero, si es o no plausible.”²⁷⁷

Esta percepción del catedrático nacional sobre el funcionamiento del actual sistema procesal penal chileno sería ideal que se concretara en la realidad; sin embargo, resulta una concepción que nace desde la teoría y se queda más bien en esa esfera, alejándose de lo que se establece mayoritariamente en la práctica cotidiana de los tribunales del país, porque la tan necesaria igualdad de armas que debe caracterizar al sistema punitivo, no se plasma en todo su esplendor en el día a día, en la medida que las fuerzas con que cuentan uno u otros intervinientes son disímiles. Siendo la constante, la concentración de armas en manos de unos pocos sujetos que poseen el poder, en desmedro de aquellos que se encuentran más vulnerados

Precisamente el incendio en la Cárcel de San Miguel en la región Metropolitana del año 2010, fue un caso paradigmático en donde se percató esta dinámica discriminatoria por parte del sistema penal. En esta tragedia murieron 81 personas, varias de las cuales estaban privadas de libertad por medidas cautelares personales, o cumpliendo condena por delitos de bagatela (por ejemplo venta de compactos de música pirateados). Aquí, no primó la prisión preventiva como medida excepcionalísima o el principio de subsidiaridad penal o *ultima ratio*. Entonces, la interrogante que queda por resolver es ¿por qué ocurrió aquello? ¿por qué no se aplicaron las garantías que deben regir en el ámbito punitivo? ¿será puesto que aquellos que se encontraban presos pertenecían a sectores sociales vulnerables?

Las preguntas planteadas podrán encontrar respuesta si se considera que en Chile, en las últimas décadas se ha impuesto una lógica neoliberal que ha propendido a la expansión del brazo punitivo estatal. A su vez, esta política ha traído como consecuencia el menoscabo del rol social del Estado, el aumento en la severidad de las penas, y al final de cuentas la perpetuación de la inequidad social.

Lamentablemente esta dinámica se ha incrementado con el paso de los años, pues las autoridades más que hacerse cargo de la problemática social emanada del delito, la

²⁷⁷ PEÑA. Ob. cit. en n. 39.

han obviado recurriendo a distintas herramientas del sistema penal. Así, frente a un problema complejo que requiere políticas que garanticen la equidad y la justicia, las autoridades por medio de discursos carentes de contenido se han desligado de la carga que implica enfrentar el asunto, entregando meras respuestas represivas²⁷⁸, que solamente agudizan la complicada situación.

²⁷⁸ Una clara manifestación de esta dinámica se advierte en el actuar que ha tenido el gobierno respecto al movimiento estudiantil, pues en vez de escuchar las demandas y hacerse cargo de las inequidades que reproduce el sistema imperante, el gobierno ha provocado directamente a los estudiantes con una propuesta coercitiva, que busca endurecer las leyes del orden público, incluyendo penas de cárcel a quienes se tomen los colegios o las universidades. Así, el proyecto enviado al Congreso, entre otras cuestiones modifica algunas disposiciones del Código Penal, transformando en delitos las tomas de recintos fiscales o privados, el saqueo de comercios y la interrupción del tránsito o de servicios públicos; asimismo, aumenta las sanciones a quienes agredan a Carabineros en las manifestaciones.

Precisamente con esta iniciativa, en palabras de Piñera, “ya no va a ser gratis atentar contra el orden público, ya no va a ser solamente un control de identidad y al día siguiente todo sigue igual. El que atente contra el orden público, contra Carabineros y la policía de Investigaciones, contra la tranquilidad de los ciudadanos, la propiedad pública y privada, se va a encontrar con una legislación dura, firme, que va a imponer los castigos que corresponden”. En igual sentido, se expresó el ministro del Interior, quien justificó el proyecto amparado en la idea de que “la gran mayoría de los chilenos nos pide como gobierno que tengamos una actitud de firmeza”.

En este punto, se percata por los dichos de Hinzpeter, que las autoridades entregan una simple respuesta mediática frente a las demandas de cambio que exige la ciudadanía.

A su vez, es posible advertir por los términos del Presidente, que frente a las protestas sociales, no existe voluntad política, sino meras respuestas coercitivas o soluciones parches (por ejemplo: el comité de expertos de la educación) que denotan que no hay comprensión alguna de la magnitud del problema. Por lo tanto, como concluye, el economista y rector Roberto Pizarro, “en definitiva, el Comité de Expertos, formado por el gobierno, resulta un absurdo, una farsa, un interludio cómico en un drama serio, antes que una iniciativa responsable para responder a las demandas estudiantiles. Esta decisión, así como la propuesta de endurecer las leyes de orden público frente a tomas de locales educacionales son de una violencia injustificada. El costo social y político será elevado, no sólo para el gobierno sino para el país”. Pizarro, Roberto. Educación Chilena: de la tragedia a la farsa [en línea]<<http://www.americaeconomia.com/analisis-opinion/educacion-chilena-de-la-tragedia-la-farsa>> [consulta: 20 octubre 2011]

En un mismo sentido, se han expresado los actores sociales, así Giorgio Jackson, presidente de los alumnos de la Universidad Católica y vocero del movimiento estudiantil, dijo que “la pena de cárcel “es un despropósito, la medida responde solamente a la lógica de mirar el síntoma y no revisar la enfermedad”. La misma denuncia fue compartida por el senador Jorge Pizarro, quien estimó “bastante absurdo ahondar en la vía represiva en vez de buscar las causas que generan las movilizaciones. Es el reflejo de la visión autoritaria del gobierno”, dijo. También el diputado Pepe Auth se manifestó al respecto, considerando que se trata de “una señal más de la incomprensión del gobierno de lo que ocurre en la sociedad”. Por último “algunos jueces, que han sido criticados por Piñera por dejar en libertad a manifestantes detenidos en las protestas, alzaron su voz contra la propuesta. Precisamente, el líder regional de los jueces, José Delgado, opinó que hacer cambios al Código Penal es apuntar mal al problema, que es la prevención del delito y no a la reacción penal”.

En un mismo sentido, se ha manifestado el escritor chileno Roberto Ampuero al apuntar que “la incapacidad para construir relatos que fundamenten la responsabilidad de ejercer o querer ejercer el poder y que estén dotados de memoria y autocrítica, desperfila convicciones, dificulta el diálogo político, confunde a una ciudadanía ya impaciente y escéptica, y azuza rencillas. La ausencia de una narrativa aumenta en la gente la percepción de que sus líderes carecen de *Weltanschauungen* en un mundo cada vez más complejo, torna la política en actividad miope y del área chica, sólo dirigida a satisfacer ambiciones. Esa falta de relato que revele convicciones e itinerarios ha creado el actual vacío ideológico”²⁷⁹

Ahora, si se contextualiza el proceso penal en lo que dice relación con la convención probatoria, se advertirá que “la pretendida igualdad de las partes al momento de la negociación es una ficción. Las instancias consensuales terminan por resultar, en manos del Estado, funcionales al modelo al cual sirven, consolidando la respuesta punitiva propia del derecho penal inquisitivo,”²⁸⁰ en tanto prevalece una noción eficientista del proceso, por sobre una concepción garantista del sistema penal. Lo que sin duda no deja de ser peligroso, si se persigue construir un ordenamiento jurídico que sea coherente con un sistema punitivo democrático.

De ahí que la profesora Horvitz, en este contexto advierta que “un sistema de enjuiciamiento criminal en el que el Estado ya no persigue el establecimiento de la verdad, sino que la terminación anticipada del procedimiento basada en un consenso entre partes desiguales se transforma inexorablemente en un sistema neo-inquisitivo.”²⁸¹

Véase: El gobierno chileno quiere cárcel para quienes tomen colegios, Clarín [en línea] <http://www.clarin.com/mundo/gobierno-chileno-quiere-carcel-colegios_0_566343458.html> [consulta: 20 octubre 2011]

²⁷⁹ AMPUERO, Roberto. Chile: un estado de ánimo. [en línea] <http://blogs.elmercurio.com/columnasycartas/2011/07/14/chile-un-estado-de-animo.asp> [consulta: 5 agosto 2011]

²⁸⁰ HORVITZ y LÓPEZ. Ob. cit. en n. 88, p. 516.

²⁸¹ *Ibíd.*, p. 514.

Reafirmando lo anterior, Luigi Ferrajoli asevera que “ningún consenso puede valer como criterio de formación de la prueba. Las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles”²⁸².

En otras palabras, los mecanismos de consenso con tal de acortar los procedimientos, ahorran costos y tiempos del proceso, con la consecuente merma en las garantías de los intervinientes, lo que genera tensión en el ordenamiento jurídico al trazar en la legitimidad que envuelve la decisión judicial, al corresponderse con lo verificado en juicio. Por lo mismo, Hassemmer considera que “en una estructura procesual como la nuestra las negociaciones encajan de muy mala manera. Es por ello que desde hace algún tiempo ya las acaloradas discusiones surgidas entre la doctrina y el legislativo no encuentran salida al dilema que traen consigo”²⁸³ las soluciones que se construyen a partir de convenios entre los intervinientes.

Junto con la intrínseca desigualdad del imputado frente a la persecución penal y las fuertes distorsiones que se derivan de ello para el proceso penal, se agrega el hecho que en el ordenamiento nacional el carácter que debe guiar el trabajo del Ministerio Público chileno debe ser neutral, de modo que el fiscal no solo investigue aquello que incrimina al imputado, sino también indague con el mismo ahínco, aquello que lo absuelve.

Al respecto, von Mühler, a mediados del siglo XIX, representó al Ministerio Público como el “custodio de las leyes”. Tiempo después, el jurista alemán von Savigny en conjunto con Uhden, en su famoso dictamen describió al fiscal como “presidido por la ley y la verdad, con la obligación de descubrir la verdad objetiva”. En un sentido similar, el procesalista argentino Julio Maier en su texto denominado “El Ministerio público ¿un adolescente?” manifestó que éste se configura como “órgano de persecución objetivo e imparcial, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el derecho penal material”²⁸⁴.

²⁸² FERRAJOLI. Ob. cit. en n.77, p. 27.

²⁸³ HASSEMER. Ob. cit. en n. 51, p. 12.

²⁸⁴ MAIER, Julio. El Ministerio Público: ¿un adolescente? En El ministerio público en el proceso penal. Roxin, Klaus y otros. Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 17-36, p. 30.

Desde esta perspectiva del Ministerio Público, si se efectúa un paralelo con las CP y la búsqueda de la verdad, no existiría el peligro que los intervinientes convinieran sobre ciertos hechos para darlos por acreditados en el proceso punitivo, debido a que el fiscal no le propondría al imputado un acuerdo que no se atuviera a lo fáctico, en tanto que su tarea se guiaría por el objetivo de alcanzar la verdad. De ahí que según esta mirada, la convención probatoria no conllevaría el riesgo que trae consigo acudir a la verdad consensual en lo punitivo, ya que siempre el fiscal en su labor se ajustaría a la objetividad.

No obstante, en este punto del análisis es vital tener en cuenta que acudir a la verdad consensual en lo penal, constituye un problema mucho mayor que la mera cuestión de si lo acordado por las partes se atiene o no a lo acontecido en el plano fáctico. Pues, como ya se analizó en este subcapítulo de la memoria, el peligro que trae consigo aceptar lo convenido en el ámbito punitivo se traduce en abrir la puerta a que la verdad se establezca en relación a lo acordado, y no según lo verificado. Esta transacción en la esfera punitiva, implica renunciar a la verdad como correspondencia, en la medida que lo relevante deja de ser el juicio como mecanismo de verificación de las imputaciones, y pasa a ser lo convenido por los intervinientes, con independencia de si ello se evidenció en la realidad. De esta forma, se renuncia a la manera de explicar lógicamente en qué consiste la justicia de la respuesta judicial. Por lo tanto, como se percata, el peligro que envuelve lo consensual en el proceso penal, no se resuelve si el Ministerio Público actuará objetivamente en la práctica, ya que el riesgo que involucra es mucho mayor, al incidir en la coherencia interna del ordenamiento jurídico.

Una vez aclarado lo anterior, se debe comprender que lo que la doctrina concibió como un organismo objetivo y acorde a las garantías esenciales, no se tradujo exactamente así en la práctica, pues si se considera el escenario actual, se advertirá que el Ministerio Público investiga aquello que le sirve para inculpar, o sea, su labor se dirige a que frente a un delito exista una condena, independientemente de si en los hechos se ha verificado que el imputado realmente es quien transgredió la normativa penal.

Esta dinámica se genera en la medida que la tarea investigativa se encuentra teñida de una política criminal que se atiende en buena parte, a criterios inmediatistas que buscan acabar con la delincuencia lo antes posible y con el menor gasto de recursos.

Es tal la política de expandir lo punitivo, que si se compara con la región, Chile se encuentra entre las naciones con mayores tasas de encarcelamiento, específicamente en el país se alcanza la cifra de 317 personas por cada 100.000 habitantes²⁸⁵.

Desconocer la lógica imperante, significaría construir un examen del sistema punitivo aislado de la realidad, lo que sin duda sería un contrasentido si se considera que el objetivo de esta tesis es entregar un análisis de la problemática, tanto desde el plano teórico como desde la perspectiva práctica. Por eso en este subcapítulo del trabajo, más allá de lo que debiera ocurrir en términos abstractos, se atenderá a lo que acontece en el sistema penal nacional en la actualidad, de modo de otorgar una explicación que dé cuenta del fundamento de la normativa, y asimismo de su funcionamiento en la sociedad. Sólo de esta manera, se podrá comprender que “efectivamente, el proceso es un instrumento sofisticado para la resolución de las controversias entre los particulares, pero al mismo tiempo es un instrumento para la implementación de políticas públicas. En otros términos, los tribunales de justicia son aplicadores de los programas legislativos elaborados por el Parlamento, que a su vez, los estructura sobre la base de un programa político”²⁸⁶

Específicamente esta percepción de la realidad que envuelve al Ministerio Público fue avizorada hace décadas por Francesco Carnelutti en su libro “Cómo se hace un proceso”. En resumidas cuentas, en esta obra el teórico italiano enseñaba que el proceso penal es un péndulo, donde el Ministerio Público representaba un extremo, el imputado el otro, y en el medio estaba el juez, que debía sentenciar. Así, el fiscal al instaurarse como interviniente en el proceso punitivo, pierde objetividad al tener que llevar a cabo la función penal.

²⁸⁵ Acta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. 358ª Legislatura, sesión 57ª ordinaria, 21 diciembre 2010. p. 7 y ss.

²⁸⁶ NUÑEZ. Ob. cit. en n. 206.

En un mismo sentido, se expresa Alberto Bovino al afirmar que constituye una ficción creer que el fiscal actúa objetivamente, ya que “no puede existir una persecución objetiva por parte de quien es, precisamente, encargado de perseguir. No puede imponerse al fiscal una tarea imposible, esto es, no puede esperarse que quien representa al interés persecutorio actúe...de modo neutral, tratando de conciliar ese interés con el del imputado que resiste la imputación”²⁸⁷.

Por eso, Julio Maier argumenta que el papel del Ministerio Público “su posición institucional, su organización y su tarea en el procedimiento seguirán siendo conflictivas y motivo de debates ásperos que sin resolver el problema primario, sólo posibilitarán soluciones coyunturales, según la preferencia política del legislador o del jurista, esto es, soluciones de compromiso dentro de un sistema que, en sí, es caótico”²⁸⁸.

Entonces como es posible darse cuenta, el Ministerio Público en su labor no está excepto de interferencias por parte de las políticas vigentes, que propenden una mayor resolución de los casos en el menor tiempo posible y con el menor gasto involucrado. Estas presiones gubernamentales inciden en la tarea de los fiscales, de forma que en la práctica se investiga, pero con el fin de recolectar pruebas de cargo; así en realidad los factores desincriminantes son meramente circunstanciales.

Un juicio emblemático que demuestra lo advertido es el denominado “caso Bombas”, donde el Fiscal Nacional Sabas Chahuán por presión del ministro del Interior, cambia al fiscal a cargo del caso, así de Xavier Armendáriz pasó a estar en manos de Alejandro Peña. Precisamente, el nuevo nombramiento se dio como respuesta a los dichos que el Ministro del Interior Rodrigo Hinzpeter manifestó al respecto, que apelaban a la lentitud en la investigación. Así, con el objetivo de entregar resultados lo antes posible, el fiscal Peña al asumir el cargo formaliza a los imputados por asociación ilícita terrorista. Esto, con independencia de que el fiscal Armendáriz consideró luego de cinco años de indagación que no existían pruebas suficientes. Sin embargo, el gobierno requería encontrar responsables y Peña actuó satisfaciendo ese

²⁸⁷ BOVINO. Ob. cit. en n. 91.

²⁸⁸ MAIER. Ob. cit. en n. 284, p. 35.

interés. No obstante luego de solicitar presidio perpetuo, el entonces fiscal Peña deja su cargo para irse a trabajar a la Moneda; de esta manera, pasó de ser el fiscal a cargo del caso Bombas, a ser el querellante del mismo.

Coincidiendo con lo expuesto, el abogado chileno Axel Buchheister, considera que en el llamado caso Bombas “ya el gobierno pasado...presionó públicamente a ese fiscal para que cambiara su criterio y la presión continuó con la actual administración, pues el ministro del Interior ha tomado la persecución penal como una tarea personal, que muchos identifican con una plataforma política. Lo concreto fue que el fiscal nacional terminó traspasando el caso a otro fiscal regional, desautorizando de paso al primero y dejando en duda la autonomía del órgano persecutor. El flamante designado, apenas unas semanas después, sin que se sepa que haya tenido ningún antecedente nuevo relevante, formalizó...Luego se ha ido a trabajar nada menos que al Ministerio de Interior y ahora sus sucesores tratan de ordenar el caso, en el cual ya se han "bajado" más de mil pruebas, de las siete mil consideradas. La Corte de Apelaciones después deja salir a todos de la cárcel: ¿No eran un peligro para la sociedad? ¿Cuándo dejaron de serlo? Y un juez se permite calificar algunas de las pruebas como de cuarta categoría y los argumentos de los fiscales de sociología barata”²⁸⁹

Las afirmaciones de Buchheister no dejan de ser polémicas e inquietantes, pues revelan una cuestión que resulta preocupante, en la medida que el órgano encargado de la acción penal pública más que guiarse por el principio de objetividad, enmarca la investigación de los delitos en lo que el gobierno estima conveniente, generando como resultado imputaciones que no se sustentan coherentemente y por ello son rechazadas; hasta el punto de que no solamente la causa se sobreescribió definitivamente, sino además en la Fiscalía Sur se abrió un sumario administrativo para determinar las eventuales responsabilidades de los fiscales a cargo. Por ende, este caso resulta simbólico, ya que denota que la estricta sujeción al principio de objetividad, que estipula la Ley Orgánica del Ministerio Público, fue dejada de lado por parte del órgano persecutor, quien presionado por el gobierno llevó a los imputados a

²⁸⁹ Véase: Axel Buchheister Caso bombas: que las instituciones funcionen, La Tercera, Domingo 8 de mayo de 2011 [en línea] <<http://diario.latercera.com/2011/05/08/01/contenido/opinion/11-68249-9-caso-bombas-que-las-instituciones-funcionen.shtml>> [consulta: 7 octubre 2011]

estar más de diez meses en la cárcel de Alta Seguridad. Por lo mismo, como apunta Buchheister, es vital que en este contexto “las instituciones funcionen. Que el ministro del Interior dirija la política de seguridad ciudadana y no la persecución criminal; que el Ministerio Público sea autónomo y ejerza la acción penal solo cuando tenga un caso sólido”²⁹⁰

Esta visión crítica y escéptica sobre el modo como los fiscales preparan los juicios y presentan su investigación en el proceso penal, no exclusivamente se debe a las presiones políticas que puedan existir por parte de la clase gobernante, sino también responde a la orgánica misma de la institución, que establece junto a otros mecanismos de eficiencia, bonos de productividad con tal de mejorar las estadísticas del servicio. Estos bonos se determinan, entre otros indicadores, por la resolución oportuna de los casos²⁹¹. Y si a este incentivo que se le podría denominar perverso, se le agrega la excesiva la carga laboral²⁹² con que cuentan, se tendrá como resultado que los fiscales en su labor cotidiana, más que propender a una indagación objetiva, tenderán (en vista de las metas que tienen trazadas como organismo y para evitar la mayor carga laboral) a una investigación más bien incriminatoria.

En consecuencia, la imagen originaria del Ministerio Público como órgano guiado por el principio de objetividad se vuelve borrosa, al considerar los diferentes elementos que inciden en su diario acontecer. De ahí que no es posible asegurar que en la tarea del Ministerio Público primará la indagación de la verdad, puesto que en la práctica existen estímulos por parte del mismo sistema penal para que prime la eficacia frente a las garantías.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ En profundidad véase Manual de procedimiento. Criterios de evaluación del desempeño del personal y metodología de distribución del bono de productividad [en línea] <http://www.mpfn.gob.pe/descargas/convenio_manual_proc.pdf> [consulta: 6 octubre 2011]

²⁹² Por ejemplo, a mediados del año 2011 los funcionarios de la Fiscalía reclamaban que no daban abasto frente a la gran cantidad de trabajo existente. Esta excesiva carga laboral que acusan los funcionarios, se constata claramente en la Fiscalía Metropolitana Sur, debido a que allí cada uno de los fiscales está a cargo de más de 600 casos. Así, en vista de la gran carga de trabajo muchas veces las investigaciones no eran llevadas a cabo de modo adecuado y las funciones que debían cumplir y los derechos que debían garantizar, se diluían debido al alto número de causas que tenían asignadas.

Estos incentivos que se pueden percibir a nivel de la Fiscalía, también se encuentran en la esfera de la Defensoría Penal Pública, debido a que a este organismo lo aquejan presiones externas, internas, una gran carga de trabajo e indicadores de desempeño que evalúan su labor según parámetros de eficacia²⁹³. De esta manera, su tarea no se exceptúa de los alicientes perversos, que al final de cuentas, generan que su labor responda a metas de gestión y eficiencia, más que establecer una defensa justa y adecuada para los imputados. Así, si el defensor puede realizar su trabajo utilizando un menor esfuerzo ¿por qué preferiría un mayor desgaste?

La interrogante esbozada, es útil planteársela igualmente respecto de los demás intervinientes del proceso penal, ya que a éstos también los aqueja la excesiva carga laboral, y asimismo los incentivos perversos. Por eso Damaska, en este punto del estudio, reconoce que “las partes pueden hallarse presionadas a llegar acuerdos en bien de intereses más amplios, incluida la preocupación burocrática por una gestión fluida del caso”²⁹⁴.

Lo anterior en el caso del juez, se traduce en que éste debe responder a determinados objetivos que le imprime su propia institución, y si bien no se encuentra obligado a ello directamente, sí lo está indirectamente, porque el Poder Judicial constituye una estructura jurídica escalonada que se atiene a ciertos parámetros de funcionamiento y gestión, que muchas veces no va de la mano con la finalidad de averiguación de la verdad. Por lo mismo, “Ferrajoli sostiene que la imagen propuesta por Beccaria (en De los delitos y las penas) del juez como indiferente indagador de la verdad es fundamentalmente ingenua”²⁹⁵.

Entonces, de lo expuesto se deriva que las convenciones pactadas por los intervinientes en el ámbito punitivo no siempre se atenderán a que existe acuerdo sobre

²⁹³ En profundidad véase Indicador de desempeño año 2006 de la Defensoría Penal Pública [en línea] <
<http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/defensoria/archivos/indicadores/indicadores2006.pdf>
> [consulta: 6 octubre 2011]

²⁹⁴ DAMASKA. Ob. cit. en n. 42, p. 231.

²⁹⁵ TABOADA Pilco, Giammpol. Revaloración de la búsqueda de la verdad en el proceso penal [en línea] <www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=132> [consulta: 29 julio 2011]

las mismas, sino en variadas ocasiones incidirán otros intereses que no resultan coherentes con un proceso penal digno de un Estado de Derecho.

Por último, en este punto de la discusión, es menester aclarar que la advertencia final que se realizó respecto del funcionamiento de los intervinientes en la práctica, se efectuó con el ánimo de analizar la averiguación de la verdad como finalidad del proceso penal desde la sensatez, entendiendo que considerando que existen incentivos en el sistema que tienden a alterar la orientación que debe guiar a un proceso penal garantista. De ahí que no se plantea que el Ministerio Público no cumple adecuadamente su labor, o la Defensoría, o los Tribunales de la nación no están haciendo su tarea, sino lo que se postula es que hay una lógica detrás de la práctica cotidiana y de ciertos mecanismos, que no resulta coherente con un modelo que se defina de Derecho.

Traduciendo lo anterior al caso en concreto de las CP, se percatará que a primera vista, la convención probatoria se erige como un mecanismo de negociación que tienden a dar viabilidad al nuevo sistema procesal penal, pues otorga respuesta a la necesidad de instituir herramientas que simplifiquen el proceso y asimismo, permite una justicia oportuna, sin dilapidación de recursos innecesarios.

No obstante, la convención probatoria al construir la verdad desde los intervinientes, y no desde lo verificado en el juicio, constituye una herramienta que abre la puerta a trazar la verdad como correspondencia. Lo cual, no resulta per se negativo, pues la idea de verdad no siempre, y en todo caso, es perfectamente conciliable con las garantías infranqueables del individuo de cara al *ius puniendi*. Por lo tanto, se colige que el modelo acusatorio necesariamente conlleva algún grado de renuncia a dicha finalidad; y la convención probatoria apuntaría a la misma lógica.

CONCLUSIONES.

Esta sección final pretende exponer las conclusiones que se derivaron a lo largo del trabajo, sistematizando de modo general las inferencias que se desprendieron en cada uno de los capítulos de esta investigación.

Para lograr el propósito planteado, es menester situarse en el contexto de análisis de la presente tesis, esto es, en la verdad en el proceso penal.

Al respecto, se percató que se trata de una problemática que escapa ampliamente al ámbito normativo, al remitirse a la discusión política filosófica de qué es la verdad, y concretamente a la interrogante que reza cuál es el objeto perseguido en el proceso punitivo.

No obstante la complejidad y la extensión del asunto, de todas formas se estudia la temática, considerando las limitaciones existentes, y entendiendo a su vez, que lo que se persigue en esta memoria es realizar un análisis sobre cómo juega la finalidad de averiguación de la verdad en el proceso punitivo.

En primer lugar, se concluye que si bien la verdad es un problema sobre el conocimiento, ésta se encuentra vinculada a la filosofía política, en la medida que se remite indirectamente a las discusiones sobre el ejercicio del poder o sobre las condiciones de un orden social justo.

En consecuencia, y como afirma el profesor Fernando Atria, en este punto del análisis se desprende que “la pregunta por la verdad, entonces, no es una pregunta filosófica, es una pregunta estrictamente política: es una pregunta por cómo nos hemos de entender a nosotros como ciudadanos, lo que quiere decir: cómo hemos de

entender la comunidad política de la que formamos parte²⁹⁶; en el sentido de que toda sociedad presupone una manera de ejercitar el poder, que la concreta y la respalda.

En otros términos, el poder constituye una realidad propia de la dinámica asociativa, que es inherente a la idea de comunidad, por eso, en segundo término se advierte que el Derecho y el poder, son dos cuestiones que se encuentran en constante lucha por imponerse, en tanto que el resultado de la interacción entre ambos, posibilita la construcción de un determinado modelo, y la exclusión de otros. De esta manera, la elección de uno u otro sistema no es trivial ni baladí, pues la consagración de un preciso modelo se atiene a que éste satisfice de mejor forma a la ideología imperante.

De ahí que se advierta que la concepción de la verdad y del proceso que se consagre en el ordenamiento jurídico, depende en gran parte de una decisión que es meramente política y moral.

En este sentido, como se estableció anteriormente, el derecho procesal penal “no es más que un permanente ejercicio de equilibrio entre el legítimo e ineludible interés social en la represión de los delitos y los derechos fundamentales de los ciudadanos, de suerte que su saldo es siempre un compromiso sobre la medida en que tales derechos fundamentales puedan todavía afectarse legítimamente”²⁹⁷.

Por ende, en tercer lugar, se deduce que un sistema punitivo debe satisfacer, no solamente el cometido de sancionar las conductas infractoras de la ley, sino también debe hacer respetar las garantías individuales.

Precisamente, por esa duplicidad de tareas que conlleva el sistema punitivo, Alberto Binder sostiene que el poder penal “se puede definir como la fuerza de que dispone el Estado para imponer sus decisiones al ciudadano en materias que afectan derechos fundamentales...decisiones que se fundan tanto en un sentido protector de bienes jurídicos como en el sentido sancionatorio.”²⁹⁸

²⁹⁶ ATRIA. Ob. cit. en n. 225, p. 454.

²⁹⁷ HERNÁNDEZ. Ob. cit. en n. 218, p. 61.

²⁹⁸ BINDER. Ob. cit. en n. 69, p. 25.

En cuarto término, se infiere que esta imposición de ciertos comportamientos a los sujetos por parte del Derecho, no debe ser instrumentalizada, sino que debe construirse en torno a la idea de que el ordenamiento es un mecanismo que debe estar al servicio de la sociedad, y no viceversa; pues desde Kant y sus imperativos categóricos, se entiende que el hombre es un fin en sí mismo, y que no puede ser tomado como un medio para satisfacer determinadas expectativas sociales de condena o de moralidad.

De allí que se colija en quinto lugar, que el único modo de motivar las conductas de los ciudadanos, pasa porque el ordenamiento sea racional y la tarea de administrar justicia consagre esta coherencia, ajustándose en su labor cotidiana a un proceso determinado previamente.

En otras palabras, se concluye que “las posibilidades del derecho de dirigir la conducta de los destinatarios pasan por hacer que sea previsible para éstos que se aplicarán las consecuencias jurídicas previstas por el derecho a los casos identificados por él y que no se aplicarán a los supuestos en que esos casos no se den. Y esto exige que las decisiones aplicadores del derecho sean racionales en el sentido de seguir un método que permita aproximarse lo más posible al conocimiento de la verdad. Pero, en este caso, el argumento ya no es propiamente jurídico, sino de la racionalidad del propio sistema.”²⁹⁹

Esta racionalidad, que según Jordi Ferrer debería tener el ordenamiento jurídico, alude a la idea de que el sistema no es un fin en sí mismo, sino que tiene por objeto la realización del derecho de fondo, y para lograr aquello, requiere un proceso que garantice que la aplicación de las normas se atenderá a la lógica. Es decir, el proceso debe propender a que la decisión judicial que se adopte en cada caso en particular, resuelva el conflicto acorde a la racionalidad. Ello, en la medida que las sentencias se legitiman al entregar respuestas acertadas, esto es, al otorgar decisiones que se traduzcan en resultados correctos. Y justamente para cumplir este cometido, es ineludible establecer un proceso que asegure que la resolución que se dicta, se ciñe a la convención legal.

²⁹⁹ FERRER. Ob. cit. en n. 66, p. 52.

Así, en sexto término se infiere que el proceso penal se legitima en cuanto posibilita que la respuesta se corresponda con las normas, y a su vez, con los hechos que se alegan en juicio. He ahí como el proceso punitivo “respetuoso de los derechos individuales constituiría no sólo una garantía de libertad, en el sentido de evitar la privación arbitraria de derechos, sino también una garantía de verdad, en la medida en que sólo permite la imposición de una pena cuando el requisito de la correspondencia fáctica y jurídica es estrictamente observado”³⁰⁰. De esta forma, se percata que la averiguación de la verdad y el proceso penal, no constituyen objetos en sí mismos, sino que se erigen como una aspiración, la primera; y un medio, el segundo, para lograr el propósito del Derecho de instaurarse como un mecanismo garante de la paz social, a través de la solución racional de los conflictos sociales.

Particularmente, la indagación de la verdad es una finalidad primordial para el sistema punitivo, en tanto que constituye la única manera de explicar lógicamente la justicia de la resolución judicial.

Por eso, en séptimo término, se colige que no se debe renunciar a su búsqueda como ideal a seguir en el proceso penal, y en especial en el supuesto de condena, ya que la averiguación de la verdad es lo que le otorga racionalidad a la decisión.

En consecuencia, independientemente de que la verdad que se alcance en el proceso sea aproximativa y contextual a la realidad, no debe renunciarse a ésta, pues las sentencias se legitiman en cuanto tienen relación con la verdad, en el sentido de correspondencia con los enunciados fácticos de la normativa. Por ende, se concluye que “la verdad, es decir, la correspondencia aproximativa de una hipótesis con el objeto que refiere, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, constituye uno de los requisitos fundamentales que debe respetar un sistema de persecución penal adecuado a un Estado de Derecho y respetuoso de la dignidad humana.

³⁰⁰ BOVINO, Alberto. Juicio y verdad en el procedimiento penal [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/43888266/Juicio-y-verdad-en-el-procedimiento-penal-Alberto-Bovino>> [consulta: 29 julio 2011]

Desde este punto de vista, la verdad constituye una garantía del procedimiento³⁰¹ que no debe dejarse de lado frente a otros intereses, debido a que es lo que le otorga coherencia al ordenamiento.

Sin embargo, en octavo término se advierte que en este contexto, no es cualquier concepción de la verdad la que se defiende, sino aquella teoría que propugna que la búsqueda de la verdad se traduce en una relación sujeto-objeto, donde el sujeto (juez) se construye una representación mental del objeto (hechos); así, la correspondencia entre la imagen del objeto en la mente del sujeto, hace de la representación una representación “verdadera” y eso se da por probado. Es decir, se opta por la denominada teoría de la verdad como correspondencia, porque esta corriente es la que consigue satisfacer de mejor manera la necesidad de que el proceso garantice que la decisión sea acorde a lo verificado en los hechos, al fundarse en lo epistemológico.

Esta base cognoscitiva en la que se asienta la concepción correspondentista de la verdad, permite construir la resolución judicial en torno a la racionalidad, lo que a su vez posibilita que se establezca un control intersubjetivo sobre la labor jurisdiccional.

En noveno lugar, se deduce que la legitimidad de las resoluciones judiciales, más allá del plano interno, debe comprenderse desde una perspectiva externa, o sea, dentro de la obligación legal que tiene el juez de dar razones de su decisión. Esto, en el entendido de que la justificación de la sentencia se encuentra directamente relacionada con la idea de que la decisión resulte comprensible para la sociedad, tanto desde la esfera formal, como desde el ámbito sustancial.

De ahí que la legitimidad de la decisión judicial, resida en la capacidad que tenga el fallo para auto-explicarse frente a la comunidad de modo racional. Así, la fundamentación “deriva de la idea misma de la jurisdicción y de su ejercicio en los Estados democráticos...ésta es constitutiva de aquella de tal forma que la motivación no es algo obligatorio desde un punto de vista externo o formal, sino que es inherente a la aplicación del derecho”³⁰²

³⁰¹ *Ibíd.*

³⁰² NUÑEZ. Ob. cit. en n. 206.

A su vez, la coherencia de las sentencias se consagra a través de la garantía del debido proceso, y concretamente por medio de la prueba, al posibilitar ésta la demostración de los enunciados fácticos que se alegan en el juicio, y su posterior control por parte de los tribunales superiores.

En efecto es posible percatarse en décimo término, que “la racionalidad de las decisiones depende de su justificación, que no está basada en otra cosa más que en las pruebas a partir de las cuales se realizan las inferencias lógicas que conducen a la aceptación de una hipótesis como verdadera”³⁰³.

Así, “el derecho de las partes a presentar pruebas en un proceso público y contradictorio se vuelve ilusorio si es que no comprende la exigibilidad de una respuesta justificada del juez, en la que se dé cuenta que las pruebas aportadas han sido tomadas en consideración y valoradas racionalmente”³⁰⁴.

Entonces, en este punto del examen se entiende que en el sistema punitivo la prueba actúa como presupuesto primordial junto con la motivación de la sentencia, para constituir un proceso penal que al mismo tiempo, sea racional y legítimo, tanto a los ojos de la teoría como de la sociedad.

En consecuencia, de lo expuesto se comprende que tanto la prueba como medio de verificación de los sucesos alegados, como la motivación racional de las decisiones judiciales, se instauran en el proceso penal como componentes esenciales para averiguar la verdad y para dotar de legitimidad a la tarea de administrar justicia; de tal modo que si el sistema punitivo prescinde de éstas, queda al alero de erigirse como un mecanismo despojado de toda racionalidad.

Por lo tanto, si el ordenamiento penal pretende instaurarse frente a la sociedad como un mecanismo racional de atribución de responsabilidad, debe persistir en su tarea de alcanzar la verdad, verificando por medio de la prueba si los enunciados fácticos alegados se corresponden con lo demostrado en el juicio y con el supuesto legal; así construirá una decisión razonable, que logra dar una adecuada respuesta a

³⁰³ GUZMÁN. Ob. cit. en n. 26, p. 100.

³⁰⁴ ACCATINO Ob. cit. en n.161.

las demandas de justicia. Y no sólo eso, sino también asentándose en el ideal de verdad, conseguirá la tan ansiada legitimidad en la tarea de administrar justicia.

Esencialmente bajo este prisma, se transformó el procedimiento penal chileno existente, estableciéndose un nuevo modelo que sea atingente a un Estado de Derecho democrático; así en el año 2000, se instaura en el país un régimen acusatorio, que busca satisfacer las demandas que abogan por una administración de justicia coherente y eficaz.

No obstante, en la construcción de esta tarea, varios de los elementos centrales que otorgan sustento interno al sistema punitivo, fueron dejados de lado, en vista de una mayor efectividad en la acción penal. Ello, en el entendido de que frente a la heterogénea realidad de las infracciones y de los delitos, el ordenamiento penal requería diversas herramientas que pudieran otorgar una respuesta adecuada a los diferentes intereses involucrados. En esta lógica, se añaden al sistema punitivo mecanismos consensuales de solución, y específicamente la designada convención probatoria.

Como se vio en el último capítulo del presente trabajo, este novedoso mecanismo, en resumidas cuentas, vino a simplificar el proceso, al dispensar de la prueba a determinados enunciados fácticos sobre los que existe acuerdo entre los intervinientes.

Sin embargo, la convención probatoria al incorporar lo consensual dentro del proceso penal, aleja al juez de la comprobación de lo real, acercándolo a lo convenido-construido como tal. Lo que sin duda, genera ciertas tensiones si se tiene en cuenta la necesidad de fundar la sentencia judicial en una decisión que se condiga con lo que acaecido en el plano fáctico.

Probablemente los teóricos del sistema acusatorio nieguen lo anterior, por ejemplo, condicionando lo acreditado vía convención a la aprobación judicial. No obstante, nuevamente la idea misma de prueba derivada de una convención, implica algún grado de renuncia a la verdad como correspondencia y su reemplazo por la verdad como acuerdo intersubjetivo, debido a que cuando la prueba se construye en base a lo que

las partes pactan, eso de por sí implica reemplazar el recurso directo a la constatación empírica de lo que se afirma, por lo que convengo como verdad.

Por ende, en undécimo lugar, se infiere que con la incorporación de la convención probatoria en el proceso punitivo, se sustituye la constatación fáctica de lo aseverado por lo que los intervinientes convienen como real, es decir, lo real no se verifica, sino que se construye, debido a que cuando los intervinientes conciertan en un hecho, concretamente no están constatando algo externo-material, sino construyendo idealmente una verdad, a partir de lo que los sujetos convienen como tal.

De esta forma, esta nueva herramienta aparta al tribunal de la verificación de lo real, aproximándolo a lo concertado entre los intervinientes, con independencia de si lo pactado se ajusta a lo acaecido en la realidad. De allí, proviene el peligro que trae consigo este mecanismo, al abrir la puerta a que se establezca en el proceso punitivo una verdad alejada de la idea de correspondencia; así, no solamente se estaría excluyendo la prueba como mecanismo de verificación y control, sino también la funcionalidad del juicio oral, que al final de cuentas es lo que sustenta el ordenamiento penal.

En duodécimo término, se colige que la reducción del periodo probatorio, no es per se negativo si se tiene en cuenta que en el ordenamiento penal vigente la búsqueda de la verdad se encuentra delimitada frente a la protección de otros intereses, como lo serían por ejemplo el respeto de las garantías individuales.

Así, si el sistema penal tuviera como único objetivo la averiguación de la verdad, no existirían límites a su indagación. Situación que se contrapone con lo que ocurre en el ordenamiento nacional, pues la averiguación de la verdad se encuentra restringida, no exclusivamente por razones temporales o de recursos, sino también por límites sustantivos que el mismo legislador fija, en atención que no está dispuesto a que en desmedro de otras garantías, se alcance la verdad. De ahí que, entre otras normativas, el legislador chileno establezca que la labor del organismo persecutor, deba ceñirse a determinadas formalidades y tiempos. Esta restricción en las potestades del Ministerio Público se condice con la idea de que no se pretende alcanzar la verdad a cualquier costo.

Entonces, en este punto del análisis, se deduce que en un Estado de Derecho, el modelo acusatorio ineludiblemente envuelve algún grado de renuncia a la finalidad de averiguación de la verdad, y la convención probatoria apuntaría en el mismo sentido.

Asimismo, la sustracción del debate que genera la convención probatoria, no resulta perjudicial si se considera que en el ordenamiento penal vigente existen mecanismos que posibilitan controlar lo pactado por los intervinientes, tales como la necesidad de previa aprobación judicial de lo acordado, o la libre valoración de la prueba, que permite desechar los acuerdos, si éstos no se adecuan a lo demostrado en el juicio.

No obstante, en último lugar, se concluye que cuando se examina dogmáticamente una herramienta, no se debe olvidar la funcionalidad político criminal que genera en la práctica diaria impartir justicia. Lo que en el caso en particular de la convención probatoria, se traduce en que en la cotidianeidad los referidos mecanismos de control quedan aminorados frente a los incentivos perversos que conlleva el sistema punitivo actual; ya que los alicientes de eficacia anteponen a la tarea de administrar justicia una dinámica eficientista, más que una lógica que garantiza los derechos de los sujetos.

Así, independientemente de que en un juego de valores, claramente pesa mucho más el principio de dignidad y libertad del individuo, que una simplificación y abaratamiento de los costos en la obtención de una pena, en la práctica se impone en varias ocasiones la dinámica contraria. Esto, en la medida que existen presiones, tanto internas como externas, para que el proceso penal responda eficazmente frente a los delitos, con la subsiguiente merma en la coherencia del sistema punitivo. Lo que no deja de ser preocupante, si se entiende que lo que está en juego aquí, no es solamente la legitimidad del ordenamiento penal en sí mismo, sino además las garantías esenciales de las personas. Por lo tanto, en último lugar, se concluye que el proceso penal en su tarea de administrar justicia, no debe renunciar en ningún caso a la racionalidad.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ACCATINO Scagliotti, Daniela. La fundamentación de la declaración de los hechos probados en el nuevo proceso penal, un diagnóstico. Revista de Derecho, 19: 9 -26, dic. 2006.
2. AGUILAR Aranela, Cristián. Código Procesal Penal comentado y concordado. Santiago, Metropolitana, 2001.
3. AGUILAR Aranela, Cristián. La prueba en el proceso penal oral. Teoría general de la prueba y medios de prueba en particular. Santiago, Metropolitana, 2003. 258p.
4. ANGULO Arana, Pedro. La verdad en el proceso penal [en línea] <http://www.mpfm.gob.pe/prensa/pesp_la_verdad.php> [consulta: 29 julio 2011]
5. ARMENTA Deu, Teresa. La prueba ilícita. Madrid, Marcial Pons, 2009.
6. ARMENTA Deu, Teresa. La verdad en el filo de la navaja, nuevas tendencias en materia de prueba ilícita. Revista ius et praxis, 13 (2): 345-377.
7. ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. 2ª ed. Barcelona, Ariel, 2003. 336p.
8. ATIENZA, Manuel. Sobre la argumentación en materia de hechos. Jueces para la Democracia, 2 (22), 1994.
9. ATRIA Lemaitre, Fernando. Jurisdicción y Estado de Derecho. Apuntes de clases. Escuela de Derecho, Universidad de Chile.
10. ATRIA Lemaitre, Fernando. Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo [en línea] <<http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%205/JURISDICCION%20E%20INDEPENDENCIA%20JUDICIAL.%20EL%20PODER%20JUDICIAL%20COMO%20PODER%20NULO.pdf>> [consulta: 29 julio 2011]
11. ATRIA Lemaitre Fernando. La verdad y lo político, conferencia en el III Congreso de Derecho y Teoría Constitucional, 2007.
12. ATRIA Lemaitre, Fernando. La jurisdicción, apuntes de clases. Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2008.

13. ATRIA Lemaitre, Fernando. La hora del derecho: los derechos humanos entre la política y el derecho. 91 Estudios Públicos, 2003.
14. AVILÉS Mellado, Luis. Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional. Revista de Estudios de la Justicia, (4):177-195, 2004.
15. AYLWIN, Sebastián. Estudio crítico del concepto de justicia [en línea] <http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/aylwin_1252881292.pdf> [consulta: 3 agosto 2011]
16. BARROS, Enrique. El Derecho, apuntes de clases Derecho Civil I. Santiago, Universidad de Chile, 1995. 103p.
17. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, M.: Evaluación de la reforma procesal penal. Estado de una reforma en marcha. Santiago, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2003. 290p.
18. BELLATTI, Carlos. Consideraciones sobre la averiguación de la verdad en la ley de procedimiento nacional, [en línea] <<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/laverdad.htm>>[consulta 9 julio 2011]
19. BELLOCCHIO, Marta y GARCÍA, Pablo. El problema de la verdad en Foucault y Rorty [en línea] <http://www.econ.uba.ar/www/institutos/epistemologia/marco_archivos/ponencias/Actas%20XIII/Trabajos%20Episte/Bellochio%20y%20garcia_trabajo.pdf> [consulta: 2 agosto 2011]
20. BENTOLILA, Juan José. La construcción de la idea de verdad en el proceso. Revista Iberoamericana de Derecho procesal garantista, 2006 [en línea] <http://egacal.e-ducativa.com/upload/2006_BentolilaJuan.pdf> [consulta: 29 julio 2011]
21. BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2ºed. Buenos Aires, Ad-hoc, 1999. 364p.
22. BINDER, Alberto. Política criminal. De la formulación a la praxis. Buenos Aires, Ad-hoc 1997. 366p.

23. BLANCO, Rafael. La reforma procesal en Chile, reconstrucción histórico-política sobre su origen, debate legislativo e implementación.
24. BOFILL, Jorge. Preparación del juicio oral. Revista Chilena de Derecho, 29 (2):273-281, 2002.
25. BOFILL, Jorge. Preparación del juicio oral y juicio oral. Charla efectuada el 12 de octubre de 2000.
26. BOUZAT, Andrés y CANTARO, Alejandro. Verdad y prueba en el proceso acusatorio. DOXA, (3): 67-80, 2003.
27. BOVINO, Alberto. De la verdadera, no hay derecho, Ingeniería de la verdad, procedimiento penal comparado, [en línea] <<http://nohuboderecho2.blogspot.com/2008/12/ingeniera-de-la-verdad.html>> [consulta: 29 julio 2011]
28. BOVINO, Alberto. Juicio y verdad en el procedimiento penal [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/43888266/Juicio-y-verdad-en-el-procedimiento-penal-Alberto-Bovino>> [consulta: 29 julio 2011]
29. BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian. Por una dogmática conscientemente política [en línea] <<http://nohuboderecho2.blogspot.com/2008/11/por-una-dogmtica-concientemente-poltica.html>> [consulta: 29 julio 2011]
30. BULYGIN, Eugenio. Los jueces crean Derecho [en línea] <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01482529789055928540035/isonomia18/isonomia18_01.pdf> [consulta: 29 julio 2011]
31. BUSTINZA Siu, Marco Antonio. La verdad en el proceso penal [en línea] <<http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/08/la-verdad-en-el-proceso-penal.html>> [consulta: 29 julio 2011]
32. CABAÑAS, J. C. La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial, Trivium. Madrid, 1992 [en línea] <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=19624>> [consulta: 29 julio 2011]
33. CAFFERATA Nores, José. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. 3ª ed. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000. 357p.

34. CAFFERATA Nores, José. La prueba en el proceso penal, 4° ed. Depalma, Buenos Aires, 2001. 229p.
35. CALVO González, José. Verdad de la verdad judicial (Construcción y régimen narrativo) [en línea] <webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/verdadjudicial.pdf> [consulta: 1 agosto 2011].
36. CAMPOS Calderón, J. Federico. Dialéctica de la verdad y el proceso penal en [en línea] <http://www.larepublica.net/app/cms/www/index.php?pk_articulo=44691> [consulta: 3 agosto 2011].
37. CAROCCA Pérez, Alex. El nuevo sistema procesal penal. Santiago, La Ley, 2003. 296p.
38. CERDA San Martín, Rodrigo. Etapa intermedia, juicio oral y recursos. Santiago, Librotecnia, 2003.
39. CHAHUÁN Sarrás, Sabas. Manual del nuevo procedimiento penal. Santiago, Conosur, 2001. 386p.
40. CHAIA, Rubén. Prueba y verdad en la dinámica del proceso acusatorio [en línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/doctrina01.pdf>> [consulta: 30 agosto 2011]
41. Código de Procedimiento Penal. 14ª edición oficial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
42. Código Procesal Penal. Edición oficial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
43. COLOMA Correa, Rodrigo. Vamos a contar mentiras. Revista de Derecho, 19(2):27-52, dic. 2006.
44. COLOMA Correa, Rodrigo [et al]. La prueba en el proceso penal oral. Santiago, Lexis-Nexis, 2003. 210p.
45. COLOMER Hernández, Ignacio. La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003

46. CORREA Selamé, Jorge. La prueba en juicio [en línea] <<http://www.corporativojuridico.cl/index.php?sec=12&art=33>> [consulta: 2 septiembre 2011]
47. CORREA, Jorge; PEÑA, Carlos y VARGAS, Juan Enrique. ¿Es la Justicia un Bien Público? [en línea] <<http://www.dii.uchile.cl/~revista/ArticulosVol3-N2/07-J%20Correa%20y%20otros.pdf>> [consulta: 29 julio 2011].
48. CUBAS, Raúl. El difícil camino de la verdad. Una sociedad dividida y polarizada a la expectativa. Centro de Estudios Miguel Henríquez. Revista Mensual Question, julio 2002.
49. DAMASKA, Mirjam. Las caras de la justicia y el poder del Estado, análisis comparado del proceso legal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. 430p.
50. DÍAZ Cantón, Fernando. Juicio abreviado versus Estado de derecho [en línea] <www.pensamientopenal.com.ar/01042009/procesal01.pdf> [consulta: 24 agosto 2011]
51. Diccionario de la Real Lengua Española. 21ª ed. Madrid, 1992.
52. Diccionario de filosofía Ferrater Mora. 5ª ed. Buenos Aires, Sudamericana [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/2538434/Diccionario-de-Filosofia-Jose-Ferrater-Mora>> [consulta: 21 septiembre 2011]
53. EGAS Peña, Jorge. El juicio oral [en línea] <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo-2/16b_el_juicio_oral.pdf> [consulta: 29 julio 2011]
54. ETCHEBERRY, Alfredo. ¿una duda razonable? [en línea] <http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/cont_actividades_detalle.html&idart=603&idcat=140&nseccion=actividades%20y%20noticias%20%3A%20%BFUna%20duda%20razonable%3F%20por%20Alfredo%20Etcheberry> [consulta: 2 septiembre 2011]
55. FERNÁNDEZ López, Mercedes. Prueba y presunción de inocencia. Madrid, Iustel, 2005. 388p.

56. FERNÁNDEZ López, Mercedes. La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable [en línea] <<http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>> [consulta: 2 septiembre 2011]
57. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. Madrid, Trotta, 2001. 181p.
58. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. 5ª ed. Madrid, Trotta, 2001, 1019p.
59. FERRER Beltrán, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. Jueces para la Democracia, (47): 27-34, julio 2003.
60. FERRER Beltrán, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2007.166p.
61. FERRER Beltrán, Jordi. Los estándares de la prueba en el proceso penal español [en línea] <<http://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf>> [consulta: 29 julio 2011].
62. FERRER Beltrán, Jordi. Prueba y verdad en el Derecho. Madrid, Marcial Pons, 2005.
63. FESSIA, Ricardo y RODRÍGUEZ, Alejandro. Algunas consideraciones respecto de los procesos abreviados y su aplicación en la Provincia de Santa Fe [en línea] <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/proceso_abrev.htm> [consulta: 29 julio 2011]
64. FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. 2ª ed. Barcelona, Gedisa, 2003. 63p.
65. FOUCAULT, Michel. Microfísica del poder [en línea] <cvirtual.filosofia.cu/almacen/libros/Foucault...Microfisica-del-Poder.../file> [consulta: 3 agosto 2011]
66. FUCHS Nissim, Andrés. Consideraciones teóricas y prácticas sobre la relación entre proceso, prueba y verdad. Santiago, 2010. 152p.
67. GASCÓN Abellán, Marina. La prueba judicial. Valoración racional y motivación [en línea]

<http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf
> [consulta: 29 julio 2011]

68. GASCÓN Abellán, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 1999.
69. GALAIN Palermo, Pablo, La negociación en el proceso penal, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2005.
70. GONZÁLEZ Arnaiz, Graciano. La teoría consensual de la verdad en J. Habermas [en línea] < <http://fs-morente.filos.ucm.es/docentes/arnaiz/textos/Habermas.pdf>> [consulta: 2 agosto 2011]
71. GONZÁLEZ Castillo, Joel. La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Revista Chilena de Derecho, 33 (1): 93-107, abril 2006.
72. GONZÁLEZ Castillo, Joel. Las convenciones probatorias y la exclusión de pruebas en los juicios seguidos ante los tribunales de familia. Gaceta jurídica, 314, 2006.
73. GUZMÁN, Nicolás. La verdad en el proceso penal, Una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006. 214p.
74. GUAMÁN Aguirre, Ricardo. Ideas de aproximación al tema de la prueba ilícita [en línea] <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:D0NYXLZUzUgJ:www.monografias.com/trabajos29/prueba-ilicita/prueba-ilicita.shtml+finalidad+del+proceso+penal+chileno+verdad&cd=6&hl=es&ct=clnk&gl=cl&source=www.google.cl>> [consulta: 9 agosto 2011]
75. HART, H.L.A. El concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 325.
76. HASSEMER, W. La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Ubijus, 2009. 31p.

77. HAIRABEDIAN, Maximiliano. Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002. 287p.
78. HERNÁNDEZ Basualto, Héctor. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno. Colección Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado (2), 2002. 100p.
79. HERZOG, Félix. La crisis de los principios espirituales y sociales del proceso penal reformado. Revista Ius et Praxis, 15 (1): 375- 386, 2009.
80. HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
81. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, (12): 257-299, 1992.
82. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza [en línea] <dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2552543&orden=0> [consulta: 29 julio 2011]
83. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la intermediación, una aproximación crítica. Jueces para la Democracia, (46), marzo 2003.
84. IGARTÚA Salaverría, Juan. Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995. 229p.
85. LLANOS Sagristá, Leopoldo. Síntesis del nuevo procedimiento penal. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2003. 162p.
86. MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003. 797p.
87. MAIER, Julio. Derecho procesal penal argentino. Buenos Aires, Hamurabi, 1989.
88. MAIER, Julio. El Ministerio Público: ¿un adolescente? El ministerio público en el proceso penal. Roxin, Klaus y otros. Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 17-36.

89. MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Buenos Aires, E.J.E.A., 1952. (1)
90. MAÑALICH, Juan Pablo. La objetividad del Derecho [en línea] <<http://www.congresoconstitucional.cl/?p=2054>> [consulta:3 agosto 2011]
91. MARTINEZ Pérez, Mario. Diferencia sustancial entre la verdad histórica y la verdad en el proceso [en línea] <<http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones/55revistajussemperloquitur/DIFERENCIA%20SUSTANCIAL%20ENTRE%20VERDAD%20HISTORICA%20Y%20VERDAD%20PROCESAL.pdf>> [consulta: 29 julio 2011].
92. MATHEUS López, Carlos. Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, 14, julio, 2003.
93. MATURANA Miquel, Cristián. Aspectos generales de la prueba, apuntes de clases, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2006. 212p.
94. MATURANA Miquel, Cristián. Introducción al nuevo sistema procesal penal, apuntes de clases, Escuela de Derecho Universidad de Chile, Santiago, julio 2004.
95. MATURANA Miquel, Cristián. (coordinador) Reforma Procesal Penal: Génesis, Historia sistematizada y concordancias. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2003.
96. MOYA Cantero, Eugenio. Filosofía, literatura y verdad. Revista de Filosofía, 27 (2):305-336, 2002.
97. MUÑOZ Conde, Francisco: Búsqueda de la verdad en el proceso penal. El país en internet, 28 de marzo, 2003 [en línea] <http://www.almendron.com/politica/pdf/2003/spain/spain_0193.pdf> [consulta:29 julio 2011]
98. MUÑOZ Gutiérrez, Carlos. La definición de verdad de Alfred Tarski [en línea] < <http://www.ucm.es/info/pslogica/verdadtarski.pdf>> [consulta: 29 julio 2009].
99. NUÑEZ Ojeda, Raúl. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo. Ius et Praxis(1): 199-223, 2008.

100. NUÑEZ Vásquez, J. Cristóbal: Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
101. ORMAZABAL Sánchez, Guillermo: lura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Revista de Derecho Valdivia, 22 (2): 277-279, dic. 2009.
102. PAILLAS, Enrique. La prueba en el proceso penal oral. Santiago, Jurídica Conosur, 2002. 175p.
103. PALOMO Vélez, Diego, Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal. Ius et Praxis 8 (1): 637-642, 2002.
104. PEÑA González., Carlos. Los derechos humanos en el nuevo procedimiento penal. Revista de Derecho, 11: 155-160, dic. 2000.
105. PEÑA González, Carlos. Democracia Liberal. Revista Derecho y Humanidades, 14:31-36, 2008.
106. PICÓ I JUNOY. El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado, [en línea] <http://egacal.educativa.com/upload/JMA_Pico.pdf> [consulta: 29 de julio 2011].
107. PISCOYA Silva, José. Procedimiento de exclusión de la prueba ilícita, [en línea] <<http://www.derechocambiosocial.com/revista005/prueba%20ilicita.htm>> [consulta: 27 de julio 2011]
108. QUEZADA, José. El Nuevo Proceso Penal Chileno. Santiago, Ediar-Conosur, 1991. 253p.
109. RIEGO, Cristián. Informe nacional de Chile en “Las reformas procesales penales en América Latina, Maier, Julio Ambos Kai y Woischnik (coord). Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 167-195.
110. ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
111. SORMANI, María. El juicio abreviado en el procedimiento contravencional. Verdad material vs. verdad consensuada [en línea]

<http://www.justiniano.com/revista_doctrina/juicio_abreviado.htm> [consulta: 24 agosto 2011]

112. TABOADA Pilco, Giammpol. Revaloración de la búsqueda de la verdad en el proceso penal [en línea] <www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=132> [consulta: 29 julio 2011]
113. TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica [en línea] <<http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/tarski.pdf>> [consulta: 29 julio 2011]
114. TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Milán, Trotta, 2002. 542p.
115. TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. Doxa, 3:81-97, 2003.
116. TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad, La prueba en el nuevo proceso penal oral. Santiago, Lexis-Nexis, 2003.
117. TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho Valdivia, 15 (2): 205- 213, 2003.
118. TARUFFO, Michele. Narrativas Judiciales. Revista de Derecho, 20 (1): 231-270, julio 2007.
119. TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Madrid, Marcial Pons, 2010.
120. TAVOLARI Oliveros, Raúl. Informe en Derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia. Boletín del Ministerio Público, 14 marzo 2003.
121. TEDESCO, Ignacio. Algunas Precisiones en torno al juicio abreviado y el privilegio contra la autoincriminación [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/01042009/procesal03.pdf>> [consulta: 29 julio 2011].

122. UBERTIS, Giulio. La prueba penal, perfiles jurídicos y epistemológicos [en línea] <<https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D124T0763/31/.../160283>> [consulta: 29 julio 2011]
123. VALLÈS, Josep M. y MARTÍ, Salvador. Ciencia política, una introducción. Madrid, Ariel. 464p.
124. VASQUÉZ Rodríguez, Luis. El problema de la argumentación jurídica en el Derecho penal [en línea] <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,463,0,0,1,0>> [consulta: 29 julio 2011]
125. VILLANUEVA Haro, Benito. La reconstrucción de los hechos y su valor probatorio en el proceso penal [en línea] <<http://criminalistica2010.files.wordpress.com/2010/11/la-reconstruccion-de-los-hechos-y-su-valor-probatorio-en-el-proceso-penal-benito-haro.pdf>> [consulta: 29 julio 2011].