



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**SUERTE PROCESAL: UN ANÁLISIS DE LOS FALSOS NEGATIVOS EN EL
CONTEXTO DEL ENJUICIAMIENTO DEL TERROR EN CHILE ENTRE EL 11 DE
SEPTIEMBRE DE 1973 Y EL 10 DE MARZO DE 1990**

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

CLARA MARTNER SOTA

19.322.491-1

Profesor guía: Dr. JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO

SANTIAGO
2020

Esta memoria de prueba ha sido desarrollada en el marco del Proyecto FONDECYT N°1200235, a cargo del profesor Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo. Agradezco sinceramente la oportunidad dada por el profesor de participar en este trabajo y su constante acompañamiento y guía.

*A mi abita Carmen Gloria, mi abuela Alma,
mi tata Vicente y mi abuelo Gonzalo*

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, mi padre y mi hermana por sus constantes correcciones y sugerencias.

A Rafaela y Antonia por su apoyo y compañerismo en este proceso.

A mis amigas y amigos, por su ayuda, consejos y compañía en este y muchos otros proyectos.

A Francisco Jara Bustos y Joaquín Perera, abogados de Derechos Humanos, por su amable y dedicada ayuda.

ÍNDICE

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: SUERTE MORAL Y PROCESO PENAL	10
I.1. PRESENTACIÓN DE LA CONTROVERSIA ACERCA DE LA SUERTE MORAL	10
I.1.1. LOS ORÍGENES DEL DEBATE CONTEMPORÁNEO	10
I.1.2. CLASES DE SUERTE MORAL	13
I.2. INFLUENCIA DE LA SUERTE EN LOS JUICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL ACTUALIZADA Y LA NO ACTUALIZADA	15
I.2.1. SUERTE MORAL Y SUERTE JURÍDICA	15
I.2.2. NEUTRALIZACIÓN DEL AZAR A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL	19
I.2.3. INFLUENCIA DE LA SUERTE EN LA PUNIBILIDAD POTENCIAL (O NO ACTUALIZADA) Y EN LA PUNIBILIDAD ACTUALIZADA (O PUNICIÓN)	21
I.3. AZAR PROCESAL	23
I.3.1. JUSTICIA EN EL PROCESO PENAL Y ERROR JUDICIAL	27
I.3.2. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	30
I.3.3. ARREGLOS PROCEDIMENTALES PARA LA MINIMIZACIÓN DE LA SUERTE PROCESAL	31
CAPÍTULO II:	34
ERRORES PROCESALES	34
II.1. JUSTICIA PROCEDIMENTAL	34
II.1.1. FUNCIONES DEL DERECHO PROCESAL PENAL	34
II.1.2. CLAUSURA DEL PROCESO: <i>NE BIS IN IDEM</i>	37
II.1.3. EL CONCEPTO DE HECHO PROCESAL	40
II.1.4. EL HECHO PROCESAL EN EL MODELO DE KELSEN	41
II.1.5. IMPORTANCIA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA	44
II.2. VALORACIÓN ASIMÉTRICA DE “FALSOS POSITIVOS” Y “FALSOS NEGATIVOS”	47
II.2.1. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO CRITERIO SUSTANTIVO	47
II.2.2. FIN DE LA PENA Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	49
II.2.3. PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	50
II.2.4. COMPARACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN MATERIA PENAL Y CIVIL	51
II.2.5. EXAMEN DE OTROS SISTEMAS JURÍDICOS: CASOS EN QUE EL MECANISMO DE REVISIÓN (O SU EQUIVALENTE) FUNCIONAN DE MANERA BILATERAL	52
II.3. OPERATIVIDAD DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN	54
II.3.1. DISTINCIÓN EN CAUSALES DE INJUSTICIA PROCEDIMENTAL E INJUSTICIA SUSTANTIVA	57
II.3.2. LA ACCIÓN DE REVISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA	60
II.3.3. LA COMPROBACIÓN DE LA INOCENCIA COMO FUNDAMENTO DEL DESCONOCIMIENTO DE LA COSA JUZGADA	62
II.3.4. ABSOLUCIÓN DE CULPABLES Y CONDENAS ERRÓNEAMENTE FAVORABLES: RAZONES PARA UNA REVISIÓN DE SENTENCIAS CONTRA REO.	64
CAPÍTULO III: REVISIÓN CONTRA-REO: ABSOLUCIÓN DE CULPABLES, SOBRESEIIMIENTOS INJUSTOS Y CONDENAS ERRÓNEAMENTE FAVORABLES	66
III.1. IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS EN LA LÓGICA CONTRA-REO	66
III.1.1. OPERATIVIDAD EN DERECHO COMPARADO DE LA REVISIÓN <i>CONTRA REO</i>	66

III.1.2. TERRORISMO DE ESTADO	68
III.2. JUSTICIA TRANSICIONAL CHILENA	77
III.2.1. CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA	77
III.2.2. EL DECRETO LEY DE AMNISTÍA	81
III.2.2.A. SOBRE EL CONCEPTO	81
III.2.2.B. SOBRE SU VIGENCIA	82
III.2.2.C. LA DOCTRINA AYLWIN	85
III.2.2.C. EL CAMBIO EN LA JURISPRUDENCIA	87
III.2.3. PRESCRIPCIÓN	91
III.3. CONSTATACIÓN DE LA PRESENCIA DE FACTORES AZAROSOS EN EL RESULTADO JUDICIAL DE DELITOS COMETIDOS POR VIOLADORES DE DDHH	94
III.4. POSIBLES SOLUCIONES	97
III.4.1. MODIFICACIONES NORMATIVAS	98
III.4.2. MANIOBRAS INTERPRETATIVAS	99
III.5. COSA JUZGADA FRAUDULENTA	99
CONCLUSIÓN	105
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

RESUMEN

Este trabajo se enmarca en el estudio de la suerte moral y, más precisamente, de la suerte jurídica. Se estudia la influencia de factores azarosos en los juicios de responsabilidad penal actualizada y no actualizada. Particularmente, se indaga en la existencia de una *suerte procesal* y la manera en la que nuestro sistema procesal penal podría enfrentarla. La autora se pregunta por las vías disponibles para subsanar las decisiones sustantivamente injustas que ya han adquirido fuerza de cosa juzgada. Para eso, se estudia principio de *ne bis in idem* y su operatividad como criterio de clausura del proceso penal. Para esto, se analizan los “falsos positivos” y los “falsos negativos”, poniendo en cuestión la conveniencia de que en nuestro ordenamiento jurídico sólo sea posible pasar por encima de la cosa juzgada frente a los primeros (a través de la acción de revisión) y no frente a los segundos (con lo problemático que ello resulta en el contexto de la así llamada *justicia transicional*). El tratamiento jurídico del terror de Estado en Chile ha sido en cierta medida deficiente, entre otras cosas, porque contamos con demasiadas absoluciones y sobreseimientos definitivos materialmente injustos producto de la aplicación del Decreto Ley de Amnistía y de la prescripción. Absoluciones que no es posible revisar dada la configuración actual de nuestro sistema procesal penal, asunto que es problematizado al final del presente trabajo y sobre el que se buscan soluciones.

INTRODUCCIÓN

El debate filosófico acerca de la suerte moral se centra en la posibilidad de controlar nuestras acciones y el modo en que ello influye en los juicios de atribución de responsabilidad moral. Por su parte, el debate jurídico se ha visto influido por esta temática, abarcando la influencia de la suerte en la atribución de responsabilidad jurídica. Esta discusión se ha trasladado al campo de la dogmática penal, donde se han podido estudiar aspectos relevantes de las categorías comúnmente aceptadas de azar: azar constitutivo, azar causal, azar circunstancial y azar consecucional o del resultado. Asumiendo una visión ingenua de la suerte moral¹, que nos lleva a aceptar la idea de que ella interviene constantemente en nuestras vidas, es que nos damos cuenta que hay un componente de azar en nuestras decisiones. El derecho penal se ha hecho cargo de incorporar y, en algunos casos, procesar el carácter azaroso involucrado en muchas de las situaciones que acarrearán la imposición de penas.

Me interesa aquí acercarme a un aspecto del problema que no ha sido mayormente discutido: la perspectiva del justiciable que se enfrenta a un proceso penal. Desde este punto de vista, se explorará la existencia de un *azar procedimental* que implique terminar con una solución injusta. Dado que siempre habrá procesos que terminarán en la condena de personas inocentes y, a su vez, absolviendo a personas culpables, la dogmática penal se pregunta por el modo de minimizar el acaecimiento de estas injusticias materiales. Cabe aquí aclarar que existen juicios institucionales y juicios no institucionales de imputación y que en ambos puede incidir algún factor azaroso. En este trabajo se estudiarán solamente en los primeros, ya sea que se trate de imputaciones provisionales o de imputaciones definitivas. Hay ocasiones en que esta *mala suerte procesal* implicará que los resultados sean injustos por razones procesales y otras por razones sustantivas.

La pregunta aquí relevante es: ¿por qué en algunos casos el justiciable recibirá una sentencia justa y en otros casos no? Para subsanar esta potencial injusticia, el diseño procesal penal chileno permite pasar por encima de sentencias firmes, con fuerza de cosa juzgada, en

¹ Véase BEADE (2017), pp. 38 ss

casos muy excepcionales. Por esa vía, ese diseño intenta neutralizar –sin lograrlo plenamente–, las consecuencias del azar procesal. En nuestro ordenamiento jurídico hay una notable asimetría en la valoración de la condena de inocentes y de la absolución de culpables. Tan radical es esta diferencia que sólo contemplamos la anulación de errores del segundo tipo, a través de la acción de revisión del artículo 473 del Código Procesal Penal. Esta valoración asimétrica se funda en el apego al principio de culpabilidad, entendido como un estándar de justicia retributiva². Con todo, no parece haber argumentos suficientes para eliminar toda posibilidad de impugnar una decisión del primer tipo de casos, en una lógica *contra-reo*.

Que no podamos revisar condenas absolutorias firmes, no parece problemático por principio. Sin embargo, en Chile tenemos aún una gran deuda en materia de tratamiento judicial del terrorismo de Estado ocurrido durante la dictadura cívico-militar. Si bien la sensación de impunidad presente en parte de la población chilena tiene sus orígenes en asuntos extra-judiciales, también los tiene en el hecho que el sistema judicial chileno no ha logrado dar una respuesta satisfactoria a los crímenes cometidos por agentes estatales. Uno de los aspectos más relevantes de este déficit de justicia es la existencia del Decreto Ley 2191, una *auto-amnistía* que exime de responsabilidad jurídico-penal a los ejecutores de gran parte de dichos crímenes de lesa humanidad. Si bien hoy en día la jurisprudencia ha reconocido la inaplicabilidad de esta norma, los sobreseimientos definitivos que fueron dictados fundados en ella representan todavía un problema derivado del efecto de cosa juzgada que de ellos emana. Este trabajo se enfocará en la búsqueda de soluciones a este asunto, tanto por la vía legislativa como por la vía de maniobras interpretativas.

²Sólo si entendemos al principio de culpabilidad como un estándar de justicia retributiva y no como uno de justicia distributiva podemos concluir que la valoración asimétrica se encuentra plausiblemente justificada. En palabras de Mañalich, sólo conforme a la primera comprensión del principio, “(...) la legitimación del reproche jurídico de culpabilidad materializado en la respectiva reacción punitiva depende críticamente de la sustentación de un juicio de merecimiento personalizado. De ahí que la punición de un inocente resulte retributivamente insoportable en un sentido en que la falta de punición de un culpable no lo es, precisamente porque (solo) en el primer caso llega a materializarse una reacción cuya injusticia retributiva la vuelve teleológicamente inauténtica”. MAÑALICH (2020a), p. 38.

CAPÍTULO I:

Suerte Moral y Proceso Penal

I.1. Presentación de la controversia acerca de la suerte moral

I.1.1. Los orígenes del debate contemporáneo

El debate acerca de la suerte moral aparece en 1976, de la mano de la publicación de dos artículos, ambos titulados “*Moral Luck*”. El primero fue escrito por el filósofo inglés Bernard Williams y el segundo por el filósofo estadounidense Thomas Nagel. Se trata de una discusión anclada en la filosofía moral, en la que se debate acerca de la influencia del azar en los juicios morales. Tanto la teoría del derecho penal como la filosofía de la acción humana están íntimamente relacionadas con este tema. En este trabajo, me centraré en la primera, interrogándome acerca de la incidencia del factor del azar en una rama específica de la teorización de los sistemas penales, centrada en la estructura de los procesos penales.

La suerte moral fue definida por Nagel del siguiente modo: “Cuando un aspecto significativo de lo que alguien hace depende de factores que están más allá de su control, y continuamos tratándole a este respecto como objeto de juicio moral”.³ De esta definición salta a la luz que debemos interiorizarnos en los conceptos de control y responsabilidad moral.

El principio de control consiste en que alguien es moralmente evaluable siempre que el objeto de dicha evaluación sea dependiente de factores bajo su propio control. Para entenderlo mejor, es conveniente mirar un hecho bajo la lupa de la existencia de una condición de control. Esta condición puede ser explicada del siguiente modo:

*Un agente es moralmente responsable de x si y sólo si tiene un grado apropiado de control sobre x.*⁴

³ NAGEL (1979), p. 26.

⁴ ROSELL (2016), p. 146.

De este modo, un agente sólo es responsable moralmente si controla lo que hace y, por lo tanto, la suerte queda definida como falta de control. En palabras de Beade, “la suerte y el control, básicamente, son conceptos contrapuestos”⁵. Tomaremos entonces este concepto de suerte para seguir indagando sobre el fenómeno de la suerte moral. El asunto sigue del siguiente modo: ¿podemos juzgar moralmente a alguien cuando hay suerte implicada en lo ocurrido? En principio, la respuesta intuitiva sería negativa. Sin embargo, muchas de las cosas que hacemos –si no, todas- incluyen factores azarosos⁶.

Una vez clarificada la noción de suerte, cabe analizar cuál es el rol que los filósofos le atribuyen. El debate suele partir desde la visión kantiana de la moral, que indica que esta es en sí misma un valor supremo, que no puede ser alterada por factores contingentes. De cierto modo, la moral kantiana, basada en la metafísica de la libre voluntad, es inmune a la suerte⁷. Siguiendo la terminología de Beade, el debate se divide en dos corrientes: la de los racionalistas y la de los optimistas. Los primeros adoptan una visión crítica, en tanto que los segundos, una visión ingenua de la suerte.

La visión crítica se basa en la idea del “poder supremo de la voluntad basada en razones”⁸. Plantean que “el control sobre lo que hacemos tiene la particularidad de determinar aquello por lo que podemos y debemos ser responsabilizados y aquello por lo que no”⁹. Se trata entonces de un apego total a la ya explicada condición de control.

Por su parte, la visión ingenua de la suerte consiste en aceptar que “nuestras acciones se ven, en muchos casos, alteradas por causa de factores que están más allá de nuestros cálculos que, además, no podemos explicar claramente”¹⁰. Quienes piensan de esta forma aceptan la idea de que la suerte interviene constantemente en lo que hacemos o dejamos de hacer, que hay un componente de azar en la manera en la que nos comportamos. Sin ánimos

⁵ BEADE (2017), p. 33.

⁶ Cabe decir que para efectos de este trabajo los conceptos de azar y suerte se tomarán como sinónimos. No obstante, existe un debate acerca de la diferencia entre ambos, pero resulta irrelevante para mi investigación.

⁷ Véase BEADE (2017), pp. 38 ss.

⁸ BEADE (2017), p.16.

⁹ *Ibíd.* p. 16.

¹⁰ *Ibíd.* p. 34.

de ahondar en esta discusión, en este trabajo se adoptará esta última concepción de la suerte. Con esto, se plantea un dilema mayor: si hay factores azarosos en todo o casi todo lo que hacemos, ¿cómo podemos ser juzgados moralmente?

Nagel responde a esta pregunta planteando que se trata de una paradoja. Una paradoja es, según la Real Academia Española, “un hecho o expresión aparentemente contrarios a la lógica”. En este caso, se trata de una colisión entre una intuición y una práctica. Sergi Rosell lo reseña del siguiente modo:

“Intuición: pensamos que sólo somos moralmente evaluables por aquello que está bajo nuestro control.

Práctica: de hecho, juzgamos a las personas incluso por aquello que no está bajo su control”¹¹.

Nagel plantea que se trata de una paradoja que no puede ser superada. Sin embargo, varios trabajos de otros autores, posteriores al primer artículo de aquel sobre esta materia, han planteado que esto sí puede ser resuelto. Lo fundamental es comprender que hay una tensión entre el principio de control –presentado aquí como una intuición– y las prácticas ordinarias de juicio. Por una parte, se suele pensar que “la condición de control es un requisito de la responsabilidad moral, por un lado, y la práctica ordinaria de juzgar moralmente a las personas por factores que están más allá de su control, por otro”¹².

Por su parte, Williams centra la discusión en un asunto parcialmente distinto. Se pregunta por la “determinación de los juicios de los agentes sobre sus decisiones por aquello que de hecho ocurre más allá de su voluntad”¹³. Lo relevante es la posibilidad de que la suerte marque una distinción moral o no. Distingue el autor entre la justificación moral y la justificación racional de una actuación. Plantea, a través de ciertos ejemplos, que el éxito de un proyecto depende, en alguna medida, de factores azarosos. Le otorga relevancia a la “lamentación del agente”, consistente en “el pesar que un sujeto siente con respecto a sus

¹¹ ROSELL (2016), p. 146

¹² *Ibíd.* p. 162.

¹³ WILLIAMS (1981), p. 30.

propias acciones, en tanto que participante”¹⁴. Esta lamentación –o la falta de ella- forma también parte de aquello que es objeto de evaluación moral a la hora de juzgar lo obrado por un agente. Es esperable que el agente se lamente de las consecuencias probables de su acción voluntaria. Esto implica que hay un factor retrospectivo en la justificación racional del actuar de un agente y, por lo tanto, la suerte está implicada. La consecuencia de este planteamiento es que “si el valor moral no es completamente aislable de la suerte, y/o no es el tipo supremo de valor, entonces no puede constituir la forma última de justicia, y realizar el papel de ‘consuelo para un sentido de la injusticia del mundo’ que Kant le atribuía”¹⁵.

I.1.2. Clases de suerte moral

A partir del trabajo de Nagel, los autores que tratan el problema de la suerte moral la han subdividido en distintas categorías. Se expondrán brevemente las cuatro más comúnmente reconocidas, que fueron desarrolladas por Nagel.

- a) Suerte “resultativa” o en las consecuencias: Es aquella que incide en el resultado de nuestros proyectos o acciones, en cómo finalmente resultan las cosas. Un ejemplo ilustrativo de este tipo de suerte es el siguiente: A y B disparan al mismo tiempo contra C y D, personas que están paradas a una distancia equivalente de A y B, respectivamente. La bala de A es desviada por una ráfaga de viento, por lo que no logra impactar el cuerpo de C, mientras que la bala de B sigue el transcurso previsto e impacta el cuerpo de D, causándole la muerte. Tanto A como B intentaron dar muerte a otra persona, pero un factor totalmente fuera del control de A –una ráfaga de viento- impidió que su proyecto se concretara, así como, por su parte, la muerte de D dependió de que la ráfaga de viento no afectara la trayectoria de la bala disparada por B. Por lo tanto, el azar condiciona tanto el fracaso de la acción de A como el éxito de la acción de B.

- b) Suerte circunstancial: Se trata de la influencia de elementos azarosos en el tipo de problemas y situaciones que un agente enfrenta. En lenguaje simplificado, se trata de

¹⁴ ROSELL (2016), p. 151.

¹⁵ *Ibíd.* p. 153

estar en el lugar correcto en el momento correcto, o no estarlo. Un ejemplo de esta categoría es el de los agentes de la CNI durante la dictadura chilena. Si no se hubiera producido el Golpe de Estado, probablemente no habrían cometido ninguno de los crímenes que de hecho cometieron, sino que hubieran dedicado su vida laboral a algo distinto de ser perpetradores de crímenes de lesa humanidad. En suma, enfrentar ciertas circunstancias ajenas al control del agente pareciera determinar el juicio moral sobre éste.

- c) Suerte constitutiva: Se encuentra fuera del control de cada agente el tipo de persona que es, desde la perspectiva de las inclinaciones, capacidades o temperamento que se posee. No elegimos dónde nacemos, quiénes son nuestros padres, cómo se configura nuestra crianza, todos aspectos que suelen influir en cómo respondemos moralmente frente a los problemas de la vida en común. Este tipo de suerte suele tener cabida en el debate sobre la legitimidad del castigo. Un ejemplo de ello puede encontrarse a la hora de responder la pregunta del por qué debemos castigar las tomas ilegales de terrenos. Consideremos que una persona nació en un ambiente violento, lleno de carencias materiales, el Estado no le proveyó ningún derecho social y no tiene un lugar donde vivir.¹⁶ ¿Es moralmente reprochable la perpetración de este delito? ¿Debe reprocharse del mismo modo esta toma de terreno que la apropiación de un predio de un terrateniente que quiere cultivar más hortalizas para exportación? Al ser azaroso qué tipo de persona somos y en buena medida la situación social en la que nos encontramos, debemos preguntarnos si las exigencias morales varían conforme a las inclinaciones que determinan nuestras decisiones.
- d) Suerte causal: Es también conocida como la suerte en las circunstancias antecedentes y consiste en cómo estas determinan nuestras actuaciones. Al igual como sucede respecto de la suerte constitutiva, la discusión de este tipo de suerte moral está íntimamente ligada al debate entre libre albedrío y determinismo. Al respecto, parece haber dos posiciones Si se adoptan posiciones radicales, por un lado no habría espacio para la suerte en la medida en que todo lo que hacemos es totalmente voluntario (libre

¹⁶ Véase BEADE Y LORCA (2017).

albedrío) y, por el otro lado, al estar todo predeterminado, nada estaría bajo nuestro control y por lo tanto nada de lo que hacemos es voluntario (determinismo). Esta categoría es la menos estudiada, dado que varios autores consideran que puede resultar cubierta por las categorías de suerte circunstancial y suerte constitutiva. Hay muchas posiciones intermedias que permiten afirmar la existencia de suerte moral en esta materia, pero para este trabajo no es atinente profundizar en esta temática.

Una vez explicadas estas cuatro categorías, que guardan algunas similitudes entre ellas, llegando incluso a superponerse en ciertos casos, siendo difícil determinar cuál es la forma de azar pertinente a un caso particular, cabe señalar el tipo de suerte que se relaciona de manera preponderante con esta investigación. El presente trabajo pretende explorar cómo afectan los factores azarosos a los resultados de los procesos penales. Recordemos que el proceso consiste en una secuencia ordenada de acciones estructuradas para la obtención de un resultado, de modo que la suerte que podría ser relevante en esta secuencia es la de tipo consecucional. Por lo tanto, el tipo de azar que será investigado es el de la suerte en los resultados o suerte consecucional. Esta categoría es la que más se usa para analizar los castigos criminales, ya sea que estemos analizando los juicios de atribución de responsabilidad penal no actualizada o la ya actualizada. Esta distinción será tratada en el siguiente apartado.

I.2. Influencia de la suerte en los juicios de responsabilidad penal actualizada y la no actualizada

I.2.1. Suerte moral y suerte jurídica

Una vez clarificada la noción de suerte moral, cabe preguntarse por la existencia de este problema en el campo del Derecho. Tal como fue indicado en el apartado anterior, interesa aquí detenerse en el azar consecucional respecto de las conductas que tienen relevancia jurídico-penal. Cabe distinguir entre dos formas de azar consecucional en materia jurídico-penal, por un lado, aquella que influye en acciones de naturaleza no institucional o en el resultado de acciones enjuiciables, que llamaremos azar consecucional sustantivo y por otro, aquella que influye en el resultado de acciones institucionales o de los enjuiciamientos propiamente tal, que llamaremos azar consecucional procesal. La primera forma queda

plasmada en el ejemplo vertido en *supra* I.1.2.a. La segunda, por su parte, consiste en examinar cómo el resultado del proceso se ve afectado por factores que, en cuanto el diseño procedimental no logra plenamente neutralizar, resultan “procesalmente” azarosos. Tradicionalmente, se ha tratado el debate de la suerte jurídica en su arista sustantiva, y no desde una mirada procesal.

Cabe preguntarse aquí por la manera en la que un proceso –entendido como una serie de acciones- pretende contribuir a la obtención de un resultado justo o correcto del proceso. Pero estas acciones pueden llevarse a cabo de forma incorrecta o aun, tal como se verá más adelante, pueden ejecutarse de manera “procedimentalmente impecable”, dando lugar a resultados sustantivamente injustos. En eso consiste lo que en esta investigación se denomina a “azar procesal”. Si lo trasladamos al lenguaje utilizado precedentemente, referido a la condición de control, podríamos esbozar la existencia de una condición de control procedimental tal que:

La condición de control procedimental se cumple si y solo si la observancia de las reglas que definen el procedimiento asegura que el resultado del proceso satisfaga el estándar sustantivo de justicia que le es aplicable.

Ya introducida la idea del azar procesal, podemos volver a analizar el fenómeno de la suerte jurídica. Los juicios de atribución de responsabilidad jurídica, y ya no moral, son complejos. Se rigen por normas positivas establecidas en un determinado ordenamiento jurídico. Cada ordenamiento determina qué conducta debe ser permitida y qué conducta debe ser reprochada. “El merecimiento es un asunto muy complejo”¹⁷, pues supone la capacidad de sobreponerse a los factores azarosos para atribuir responsabilidad. Beade distingue entre el merecimiento formal y el merecimiento material. El primero queda ilustrado por el siguiente ejemplo: quien llega en primer lugar en una carrera deportiva, merece el premio mayor. El segundo consiste en reconocer al deportista que más se esforzó en la preparación de la carrera o bien al que tuvo mayor espíritu deportivo, sin importar el resultado de la carrera misma¹⁸. En

¹⁷ BEADE (2017), p. 112.

¹⁸ Véase BEADE (2017), p. 112.

el mundo del Derecho, el reconocimiento relevante es el del primer tipo, el que se apega a la satisfacción de ciertas reglas preexistentes.

El asunto se vuelve intrincado cuando debemos identificar los criterios de merecimiento de un determinado ordenamiento jurídico. Rawls, por ejemplo, plantea que el criterio debe ir de la mano del principio de reparación, dado que este autor asume la existencia de una lotería natural que deja a los miembros de una comunidad en circunstancias desiguales. De todos modos, no existe una respuesta universal a esta pregunta. Cada comunidad define qué entiende por fracaso y por éxito y define las reglas legales que determinan los juicios de atribución de responsabilidad frente a las conductas de sus miembros. La pregunta tradicional aquí – que es respondida de distinto modo en cada ordenamiento jurídico- es si el reproche debe ser el mismo cuando se provoca un resultado o cuando sólo se intenta provocarlo. Como fue expuesto anteriormente, esta pregunta está íntimamente relacionada con la suerte en el resultado. Y, en palabras de Beade, “en los castigos la idea del merecimiento tiene como finalidad negar la suerte en el resultado”¹⁹. Este autor plantea que la noción de merecimiento busca oponerse a la idea de que muchas de las cosas que nos suceden están influidas por la suerte.

Por su parte, Enoch, filósofo que se ha dedicado a investigar la noción de suerte jurídica, plantea que es innegable la existencia de este tipo de suerte, independientemente de lo que se piense sobre la existencia de la suerte moral. Explica que

*“there can be no doubt that legal luck exists: there are often different penalties for an attempt and completed offense or for driving negligently and vehicular homicide, but such differences are often a function of factors that are not under the relevant agents’ control. (...) The interesting question about legal luck is, then, not whether it exists, but whether it should exist.”*²⁰

Las leyes penales no están desprovistas de factores azarosos. Siempre que la descripción abstracta de un tipo incluye elementos que introducen “verbos”, la importancia jurídico penal del comportamiento está entregada por el agente al azar. No se puede tener un control total

¹⁹ BEADE (2017), p. 130.

²⁰ ENOCH (2007), p. 28.

sobre estos elementos. Por ello, tratándose de suerte en el resultado o consecuencial, las legislaciones toman decisiones respecto de cómo enfrentarla. Esto es empíricamente comprobable, ya que cada vez que la ley penal asigna responsabilidad a elementos o actos que no están sujetos al control o voluntad del agente, está tomando partido respecto de la injerencia de factores azarosos.

Enoch distingue tres tipos de suerte: suerte moral, suerte jurídica y suerte pura²¹. Si bien la suerte jurídica es aquella que está más evidentemente relacionada con la teoría del derecho penal y, por lo tanto, con el foco de esta investigación, la última categoría –suerte pura- puede resultar también interesante para este trabajo. Enoch la ilustra como la mala suerte de tener un hijo enfermo o la buena suerte de ganar la lotería. Sin embargo, también da el ejemplo del juez que resulta competente para conocer del juicio al que se enfrenta una persona, asunto que no está bajo el control del agente, pero que puede tener consecuencias jurídicas, aun cuando no se trata de suerte jurídica propiamente tal.²² Agrega, además, que la distribución de talentos en una población también sería una manifestación de la suerte pura y que ésta no debería tener implicancias jurídicas. Según Enoch, la única diferencia distributiva que debiese tener consecuencias en el plano legal es aquella que está bajo el control del agente.

Para Enoch, más que buscar la justificación de la suerte jurídica, debe encontrarse un principio moral que gobierne el Derecho y cierre la brecha entre la exigencia moral abstracta y cómo debería ser el derecho²³. A primera vista, este principio debiese ser el de proporcionalidad. Sin embargo, este principio no responde a la pregunta sobre si el criminal que logra su objetivo debe recibir el mismo reproche que aquel que sólo lo intenta. Por lo tanto, hay que seguir buscando otros principios. Los ordenamientos jurídicos toman postura sobre esta brecha, por ejemplo, cuando deciden penar delitos de responsabilidad objetiva:

²¹ Enoch habla de “*just plain luck*”.

²² Véase ENOCH (2007), pp. 53 ss.

²³ ENOCH (2010), p. 49.

“Offenses of strict liability are, of course, clear examples of criminal consequential legal luck. This is also true of many recklessness and negligence offenses, where an actual harm and causation are required for an offense to have occurred.”²⁴

La discusión sobre la suerte en sede legal no es, como se observa, idéntica a la de la suerte moral, pero la primera está íntimamente relacionada con la segunda. Desde la irrupción de las concepciones iuspositivistas, se ha pensado que el Derecho es autónomo e independiente de la moral, al que no debemos atribuir la capacidad de resolver cuestiones morales, pues atiende a su propia lógica interna. Si pensáramos de ese modo, la discusión sobre la suerte jurídica sería innecesaria. Sin embargo, Derecho y moral están de hecho relacionados, a lo menos en la arista que investiga los efectos de la suerte.

I.2.2 Neutralización del azar a través del derecho penal

Tal como se ha enunciado, la suerte aparece en las vidas humanas en distintos planos. El hecho de asumir que ella existe plantea problemas de diversa índole. Las personas procuran neutralizar los factores azarosos que influyen en su vida cotidiana. Y el Derecho es una herramienta posible para buscar neutralizar algunos de los efectos de la suerte jurídica o, más bien, para minimizarlos, aun cuando se trate de una suerte que el mismo Derecho contribuye a generar. Si se intenta en el plano moral realizar juicios materialmente justos, en el plano jurídico se busca aún con más determinación la justicia en el tratamiento de las conductas de las personas. Se procura siempre alcanzar un reproche proporcional, una sanción justa, relacionada racionalmente con los hechos ocurridos y con las circunstancias en que se produjeron. Con todo, la neutralización de los factores azarosos no es asunto fácil; no puede asumirse que el Derecho, al establecer sus reglas, se despoja de cualquier traza de la suerte. Pero, se postula en este trabajo que el Derecho tiene como una de sus funciones la búsqueda de la minimización del azar. En particular, el derecho penal se ha hecho cargo de incorporar y, en algunos casos, procesar el carácter azaroso involucrado en situaciones que acarrear la imposición de penas.

²⁴ *Ibíd.* p. 49.

Como se adelantara en el apartado anterior, no es claro cómo las implicancias de la suerte en materia de juicios morales se traslada a los ejemplos jurídicos. Los casos de suerte en los resultados son los más comunes y fáciles de vislumbrar. Sin embargo, en materia jurídica también existe el problema de la suerte circunstancial: ¿qué puede pensarse sobre el juez que recibe un pago para fallar a favor de alguien versus el juez que no recibe este pago, pero que de haber tenido la oportunidad lo hubiera aceptado?²⁵ ¿O del conductor ebrio que embiste a alguien en la ruta con consecuencias fatales versus el conductor en la misma condición que no encuentra a nadie en su camino? El hecho de que un peatón aparezca o no en el camino de un conductor ebrio constituye una circunstancia que está totalmente fuera de su control.

El tipo de azar recién considerado, el de la suerte circunstancial, está relacionado con la posibilidad para delinquir. En cambio, el azar que produce casos de suerte resultante está relacionado con el resultado del eventual delito. Los ejemplos aquí son diversos: el del asesino que logra matar versus el que no lo logra; el bombero que logra salvar a una persona sin dificultad versus el que para intentar hacerlo debe arrojarla por una ventana y termina muerta; el de la madre que deja a su hijo en la tina con el agua corriendo y no le pasa nada versus la madre que en las mismas circunstancias termina con su hijo ahogado, entre tantos otros.

Los ordenamientos jurídicos y sus cuerpos legales que regulan la materia penal toman decisiones sobre asuntos azarosos. Por ejemplo, en Chile, quien intenta matar a una persona (artículos 7 y 52 del Código Penal) recibe una pena menor que quien de hecho logra matarla (artículo 391 del Código Penal). La pena es distinta a pesar de que las intenciones y motivos hayan sido los mismos. El grado de culpabilidad termina dependiendo de factores que están fuera de la esfera de control del agente. En la discusión filosófica sobre la suerte moral, este asunto ha sido denominado el problema del castigo diferenciado²⁶. Como respuesta a él, se expresan dos grandes tendencias: la tesis de la diferencia y la tesis de la equivalencia. La primera es aquella que abraza la legislación chilena.

²⁵ Nótese que nos estamos preguntando por el azar para el justiciable, en cuanto la corrupción del juez es un factor con incidencia procesal que el diseño del procedimiento no logra neutralizar.

²⁶ BEADE (2017), p. 18.

I.2.3 Influencia de la suerte en la punibilidad potencial (o no actualizada) y en la punibilidad actualizada (o punición)

En este apartado se busca aclarar qué se entiende por suerte en cuanto a la punibilidad. Hasta ahora hemos indagado en la influencia de factores azarosos en los juicios de atribución de responsabilidad penal generada por un hecho imputable al agente, sin que ella haya sido (todavía) judicialmente declarada. Se trata de una punibilidad potencial, definida por la susceptibilidad de una persona a ser castigada. El objetivo de este trabajo es indagar en un ámbito que ha sido muy poco explorado por esta rama de la filosofía: la influencia de la suerte en los juicios de atribución de responsabilidad (ahora sí) actualizada, es decir, aquella que es judicialmente declarada, resultante en la imposición de la pena respectiva. En otras palabras, se trata de juicios que transforman una situación de punibilidad en una situación de punición. Las discusiones presentadas precedentemente decían relación con la manera en la que a una persona pudiese imputársele responsabilidad moral y luego penal. Pero resulta necesario establecer cómo, una vez esclarecido que una persona debiese ser considerada responsable de las consecuencias de alguna acción u omisión, los tribunales terminan haciendo efectiva dicha responsabilidad.

Para entender mejor la diferencia entre juicios de responsabilidad penal no actualizada y juicios de responsabilidad penal actualizada, vale la pena hacer una distinción análoga a esta. Existen en el estudio del derecho penal los juicios no institucionales de imputación y los juicios institucionales de imputación. En los primeros hay una responsabilidad que podría ser institucionalmente actualizada mientras que en los segundos esta posible responsabilidad ya fue formulada y cargada hacia cierto agente (o “puesto en su cuenta”) o atribuida por parte de un actor estatal. Se distingue entonces entre, por un lado, el análisis de la implicancia de factores azarosos en los hechos que pueden condicionar positiva o negativamente la aplicación de las respectivas reglas de comportamiento y de imputación y, por el otro, el impacto que el azar puede tener en que esas mismas reglas lleguen a ser correctamente aplicadas.

Como se explicó más arriba, en ambos tipos puede incidir algún factor azaroso, pero en este trabajo sólo se investigará sobre los segundos, es decir, sobre los juicios institucionales de imputación. A su vez, estos juicios sobre los que indagaremos, se dividen entre las

imputaciones provisionales de responsabilidad (en el caso chileno, con la formulación de acusaciones por parte del Ministerio Público) y las imputaciones definitivas (aquellas que son formuladas por un tribunal). Como se verá, lo que resulta más interesante es cuestionarse acerca de lo sentenciado por uno o más jueces, que pueden errar o acertar en su trabajo de averiguar la verdad sobre el acaecimiento de un hecho punible imputable a un agente (o a varios agentes).

El proceso penal es una institución altamente compleja, cuya estructura normativa básica será considerada en detalle más adelante, pero para los efectos de este apartado basta con asumir que no es infalible. El modelo de derecho procesal que tenemos (o el que queramos tener) debe reconocer que hay un factor de azar implicado, que no es posible tener un control procedimental total en cuanto a que el resultado del proceso satisfará el o los parámetros que controlan su justicia sustantiva. Los errores judiciales existen y serán catalogados, en una primera fase, de acuerdo a las consecuencias que producen, bajo dos categorías: falsos positivos y falsos negativos.

Cuando una persona enfrenta un juicio de atribución de responsabilidad jurídico-penal pueden presentarse cuatro escenarios:

	<i>Situación</i>	<i>Resultado</i>	<i>Punibilidad / Punición</i>
a)	El juez decide imponer una pena que está justificada en una acción u omisión que debe ser castigada conforme al ordenamiento jurídico.	Verdadero positivo.	Hay punibilidad con punición.
b)	El juez decide imponer una pena que de hecho no debiera haber sido impuesta pues la persona es materialmente inocente.	Falso positivo.	No hay punibilidad, pero sí punición.
c)	El juez decide no imponer pena alguna puesto que el agente no cometió ninguna acción u omisión que debiese haber sido castigada conforme al ordenamiento jurídico	Verdadero negativo.	No hay punibilidad ni punición.
d)	El juez decide no imponer pena alguna aun cuando la persona involucrada debió haberla recibido, puesto que cometió una acción u omisión que debe ser castigada conforme al ordenamiento jurídico	Falso negativo.	Hay punibilidad, pero no punición.

Que la persona que se enfrenta en la calidad de imputado a un proceso penal –la llamaremos aquí *justiciable*- termine catalogada en alguno de estos cuatro escenarios (dos materialmente justos y dos materialmente injustos), depende en parte de factores azarosos, como se pasará a explicar en el siguiente apartado. Entonces, los errores judiciales pueden ser de dos tipos: falsos positivos (punición sin punibilidad, caracterizado por la letra b) o falsos negativos (punibilidad sin punición, caracterizado por la letra d). Por lo tanto, asumiendo la injerencia del azar en esta materia, los escenarios a y c corresponden a una *buena suerte procesal* mientras que b y d ilustran la *mala suerte procesal*. Entonces, el azar del agente está también mediado por la institucionalidad procesal.

I.3. Azar procesal

Una vez abandonada la cuestión sobre la suerte jurídica implicada en los juicios de atribución de responsabilidad penal no actualizada, entraremos de lleno en la investigación de la suerte procesal. Esto se hará indagando la presencia de factores azarosos en el momento de la imposición judicial de la pena. Si bien los principales investigadores del tema de la suerte moral y el derecho, de la suerte jurídica, han dejado de lado la pregunta acerca de la influencia en el proceso, sí hay una serie de trabajos del año 2008²⁷, elaborados en el contexto del derecho angloamericano, que pudieran darnos algunas luces sobre la materia.

Se trata de investigaciones que, de modo inédito, exploran la incidencia del azar en el desenvolvimiento de los procesos judiciales. La primera de ellas, desarrollada por Jeremy Waldron, sugiere que la suerte es imposible de eliminar de un sistema de derecho positivo y que, aunque cause una serie de problemas morales de imprevisibilidad, arbitrariedad e injusticia, no es algo fácil de remediar²⁸. Su perspectiva es individualista, evaluando cómo el justiciable puede ser sujeto de buena o mala suerte en su proceso, a través de la influencia de distintos aspectos. Uno de ellos es el de la presencia de jurados, dado que en estos sistemas se sorteja a sus integrantes, resultando totalmente azaroso el modo en que estas personas piensan

²⁷ Todos publicados en la revista *Theoretical Inquiries in Law* (vol. 9 N°1).

²⁸ Véase WALDRON (2008), pp. 185 ss.

respecto de los temas implicados en el juicio en cuestión. Independientemente de si quien decide es un jurado o un juez, resulta preocupante para Waldron que dos personas que enfrentan un juicio por conductas y circunstancias equivalentes, terminen obteniendo resultados distintos, por ejemplo que uno termine preso y el otro libre.

Asumiendo que la suerte cumple un rol en casi todos los aspectos de nuestras vidas, ¿por qué resulta perturbadora la presencia del azar en los procesos penales? Waldron dirá que el problema es que puede producir problemas de imprevisibilidad, arbitrariedad e injusticia. La imprevisibilidad se asocia con los cambios legales y sobre todo con los distintos modos que tienen distintos tribunales de aplicar la misma ley. La arbitrariedad se produce cuando la explicación del sufrimiento del justiciable producto de la sentencia proviene de un estándar injustificablemente aplicado a su caso. Finalmente, el problema de la injusticia se expresa en los resultados distintos para casos iguales o equivalentes, lo que constituye una contravención evidente al Estado de Derecho, que debe garantizar la igualdad ante la ley. Si bien estos tres asuntos resultan a todas luces perturbadores, el autor identifica dos causas que plantean a la suerte como algo deseable o, por lo menos, inherente al proceso, en el contexto del derecho positivo. El principal planteamiento consiste en que la estructura y el contenido de las reglas y principios que conforman un sistema jurídico son contingentes, lo que se traduce en dos cosas. Primero, que leyes de diferentes países o estados establecen sanciones diferentes para una misma situación y, segundo, que la ley varía en el tiempo. Por lo tanto, la ubicación espacial y temporal del justiciable cuando comete el delito es determinante para establecer qué ley le será aplicada. El autor plantea que esto implica azar, dado que hay un elemento de suerte implicado en la contingencia de la ley y, en ese sentido, plantea que es deseable la constancia del derecho para minimizar este problema. Con todo, se estudiará en el tercer capítulo de este trabajo de qué manera resulta relevantemente azaroso que, para hechos ocurridos en la misma ubicación espacial y temporal, las consecuencias jurídicas sean disímiles entre ellas.

Para Waldron, la posibilidad de aspirar a la consistencia del Derecho sólo tiene sentido si miramos los sistemas jurídicos desde el positivismo legal, dado que el razonamiento iusnaturalista deja demasiada discrecionalidad al juez para decidir caso a caso. Sin embargo, es imposible que las leyes sean aplicables de modo totalmente uniforme caso a caso, dado que

los jueces inevitablemente razonan de modo distinto. Así sigue siendo *una lotería* la decisión de los jueces. Por eso, desde el punto de vista del justiciable, sigue siendo azaroso que el juez sea más o menos propenso a sus intereses y que, por lo tanto, sus conclusiones sean más favorables a ellos. Lo mismo ocurre tratándose de jurados. El autor sugiere que para minimizar este riesgo, los jueces debiesen fallar no sólo conforme a sus propias convicciones morales, sino pensando cómo fallaría el resto de jueces del sistema, tomando en definitiva la perspectiva comunitaria sobre determinado tema.

Chaim Gans publica un artículo que problematiza varias de las posturas adoptadas por Waldron²⁹. Su principal crítica consiste en cuestionar el enfoque del azar que recae sobre el interés de cada individuo en particular. Gans plantea que surgirá un problema moral sólo ahí donde exista un problema de arbitrariedad o de injusticia y no simplemente un detrimento a los intereses del justiciable. Es decir, si tenemos dos casos iguales que son fallados de forma distinta, uno con una absolución y el otro con una condena, no diremos que hay *mala suerte moral* para la persona que recibe la condena sólo por recibirla. El problema moral se produce exclusivamente si la condena fue efectivamente injusta o resultante de una arbitrariedad; no hay un problema moral con la sola constatación de resultados distintos. El problema podría tratarse de uno *de buena suerte* si la persona absuelta debiese de hecho haber sido condenada, generando expectativas falsas para el resto de la población. Respecto de la falta de constancia en el derecho, Gans plantea que el cambio en las leyes no debiese ser un problema en el plano moral, en la medida en que el cambio que ocurra sobre determinada ley sea justo. Para este autor, la constancia de las leyes es una consecuencia del principio de legalidad y, por tanto, se trata de una materia de justicia sustantiva; así como también se trata de un problema de justicia sustantiva el trato diferenciado de casos iguales.

Por su parte, Menachem Mautner enfoca el problema desde otro punto de vista³⁰. Para el autor, en miras de minimizar la posibilidad de la incidencia del azar, se requiere que cada decisión tomada en el sistema se parezca lo máximo posible a la decisión que hubiera sido tomada por la mayoría de los jueces participantes de dicho ordenamiento jurídico si hubiesen tenido que fallar dicho caso. El azar entonces proviene de la variabilidad de las soluciones a

²⁹ Véase GANS (2008), pp. 33 ss.

³⁰ Véase MAUTNER (2008), pp. 217 ss.

las que distintos jueces pueden llegar, sumado al azar en la asignación de cada causa a un juez –que el respectivo caso caiga en su ámbito de competencia-. Un modo de combatir este problema es a través de la instalación de tribunales con varios jueces. Para este autor, mientras más grande sea el panel de jueces, menos elementos azarosos estarán presentes en la adjudicación. Podríamos decir que nuestro sistema procesal penal toma esta recomendación, dado que los Tribunales de Juicio Oral están compuestos por tres magistrados. Además, sugiere tomar en cuenta la decisión de jueces inferiores, dándole un cierto porcentaje de valor a lo sentenciado por jueces de primera instancia. Por ejemplo, dándole 1/3 de valor a lo sentenciado por el tribunal inferior y 2/3 a lo sentenciado por el tribunal superior. Se suma a esto la sugerencia de fortalecer los mecanismos que aseguren la independencia de los jueces. Mautner considera que los jueces que integran un mismo tribunal no deben ser influenciados entre ellos, sino que tienen que tomar decisiones totalmente independientes. Propone: a) prohibir la consulta entre jueces durante el proceso; b) establecer que cada juez escriba por separado su opinión y c) La escritura de la opinión de cada juez debe ocurrir sin tomar conocimiento alguno de la opinión del resto de los jueces. Otra sugerencia para minimizar el azar consiste en plantear mayorías especiales para tomar decisiones por parte de un jurado, sin llegar a exigir la unanimidad, pues resultaría prácticamente imposible condenar a una persona. El autor también sugiere llegar a acuerdos extra judiciales, una vez que ya se ha iniciado el juicio frente a la justicia ordinaria. Estos acuerdos permiten que las partes eviten lo azaroso que puede llegar a ser el resultado de la decisión del juez. Ellas mismas podrán decidir cómo solucionarán el conflicto en cuestión. Una última propuesta consiste en la posibilidad de que las partes elijan al juez que resolverá el conflicto. Sin embargo, cree que esto pudiera ser problemático pues los jueces decidirían lo que es *más popular* y no lo que es *más justo*, para atraer personas que quieran ser adjudicadas por ellos.

Mautner identifica un sesgo de clase en la incidencia del azar en los procesos. Principalmente por dos motivos: los “jugadores repetidos” y el acceso al arbitraje. El primer asunto se refiere a que aquellas personas que participan constantemente de juicios tienen mucho más conocimiento sobre la manera en la que falla cada juez integrante del sistema, lo que ocurre en el caso de bancos, grandes corporaciones, compañías de seguros, el propio Estado, etc. El segundo corresponde al arbitraje, es decir, un juez elegido por las partes al que

se se designa, comúnmente asociado a una remuneración, para que resuelva un conflicto. En consecuencia, quienes tienen más dinero tienen una doble ventaja para minimizar el azar respecto de quienes no lo tienen dado que pueden predecir de mucho mejor forma el comportamiento del juez asignado o pueden directamente pagarle a un árbitro que ellos mismos elegirán, de modo que tienen un nivel de certeza mucho más alto sobre el posible resultado del conflicto del que forman parte.

Daphna Hacker escribe un artículo comentado lo propuesto por Mautner.³¹ En primer lugar, destaca que Mautner proponga cambios institucionales para reducir la injerencia de factores azarosos y con análisis que no son vagos, como suelen hacerlo los académicos. Identifica que al contrario de lo planteado por Gans, el hecho de que dos casos iguales obtengan resultados distintos es de por sí algo arbitrario e injusto, siendo que el Estado de derecho justamente busca garantizar que las personas sean tratadas de la misma forma. Hacker no está de acuerdo con el planteamiento de sumar las decisiones de los jueces de distintas instancias para llegar a un resultado final; cree que se rompería con el principio jerárquico propio de los sistemas procesales y que puede poner en riesgo la predictibilidad de los resultados. Tampoco está de acuerdo con la idea de interponer una *muralla china* entre los jueces integrantes de un mismo tribunal. Cree que esta práctica sería contraria a la cultura jurídica que entiende al derecho como una construcción entre los distintos actores que participan de ella. Finalmente, la autora deja planteada la pregunta sobre si la minimización de la suerte debe sobreponerse a todo el resto de consideraciones implicadas en la actividad jurisdiccional o no. Considera que mientras no se discuta profundamente si es deseable la existencia de factores azarosos en materia procesal, no deben tomarse medidas institucionales al respecto.

I.3.1. Justicia en el proceso penal y error judicial

El proceso penal es, tal como ya fue dicho, una institución que no pretende ser infalible, cuyo objetivo no es alcanzar un estándar de justicia perfecto. En la terminología de Rawls, se trata de un ejemplo paradigmático de la “justicia procedimental imperfecta”, como subcategoría de

³¹ Véase HACKER (2008), pp. 38 ss.

la justicia procedimental impura. Este filósofo distingue, en primer lugar, entre justicia procedimental pura e impura. La primera queda definida del siguiente modo:

“se da cuando no hay un criterio independiente para el resultado debido: en su lugar existe un procedimiento justo o imparcial tal, que el resultado sea igualmente correcto o imparcial, sea el que fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento. Los juegos de azar ilustran esta situación.”³²

Aquí, entre la adecuación del proceso concreto al procedimiento y la justicia del resultado, existe una relación de tipo constitutiva, de naturaleza intrínseca.³³

En cambio, la justicia procedimental impura está definida por

“el hecho de que la justicia del resultado del proceso respectivo dependa de la satisfacción de un criterio sustantivo (de justicia), que es conceptualmente independiente de la estructura del procedimiento en cuestión. En tal medida, la relación que aquí se da entre la adecuación del concreto proceso al conjunto de exigencias definitorias del procedimiento, por un lado, y la justicia del resultado del proceso, por otro, sería instrumental, y así de naturaleza extrínseca.”³⁴

Resulta claro que el proceso penal se corresponde con el tipo de justicia procedimental impura, toda vez que está sujeto a reglas independientes y anteriores al propio procedimiento. Este tipo de justicia, a su vez, se divide en dos subcategorías: la justicia procedimental perfecta y la imperfecta. La primera está caracterizada por dos cosas: (a) la existencia de un criterio independiente de lo que es una división justa, definido previa y separadamente del procedimiento y (b) la posibilidad de encontrar un procedimiento que produzca de manera segura el resultado deseado. La segunda categoría, la justicia procedimental imperfecta se caracteriza por el hecho de que, a pesar de la existencia de un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca con seguridad a él³⁵.

Esta segunda categoría es justamente la que se corresponde con el proceso penal. En los procedimientos, aun cuando todo se apegue cuidadosamente a las reglas que dicta el Derecho,

³² RAWLS (2006), p. 90.

³³ Véase MAÑALICH (2020a), p. 32.

³⁴ MAÑALICH (2020a), p. 32.

³⁵ Véase RAWLS (2006), pp. 90 ss.

se puede llegar a un resultado erróneo, a errores judiciales (en los términos tratados en *supra* I.2.4). Aquí, no se trata de un error humano, sino de un error propio de este tipo de justicia, que provoca que en ciertos casos se condene a un inocente o se absuelva a un culpable. Aun cuando las normas fijadas en determinado ordenamiento jurídico para regular el proceso penal sean óptimas, se puede terminar con un resultado materialmente injusto. Esto en palabras de Rawls “por una combinación fortuita de circunstancias que hacen fracasar el objetivo de las normas jurídicas”³⁶, lo que, en la terminología del presente trabajo, llamaremos azar procedimental. Las categorías propuestas por Rawls han sido criticadas por varios autores, entre ellos Atria y Celano. Esta discusión será revisada en el segundo capítulo de este trabajo.

Valga aquí retroceder un paso en el desarrollo del argumento. Si bien a Rawls sólo le interesan los errores provocados por el propio funcionamiento de las normas, y no el de las fallas humanas, en este trabajo sí interesa preguntarse por los errores humanos que pueden cometer los jueces. Asumamos que el paradigma del proceso penal está dado por la averiguación de la verdad. Si adoptamos la perspectiva de una epistemología falibilista de este tipo de proceso, y en particular de los asuntos probatorios en él implicados, afirmaremos que una de las preocupaciones que las normas procesales debiesen tomar en cuenta es la de minimizar los errores en la recepción y ponderación de la prueba por parte de los jueces. En palabras de Bayón, si asumimos que “los procedimientos que usamos para la búsqueda de la verdad son falibles, es inevitable que se produzca un cierto número de errores probatorios”.³⁷ Esta problemática está íntimamente relacionada con los estándares de prueba que cada legislación decide adoptar. Nuevamente, será un aspecto a profundizar en el segundo capítulo.

Entonces, los justiciables que se enfrentan a un proceso penal pueden recibir sentencias materialmente justas o materialmente injustas. Esta injusticia puede consistir, respecto de sus consecuencias, en la condena de un inocente (falso positivo) o en la absolución de un culpable (falso negativo). Respecto de su origen, los resultados injustos pueden provenir tanto de fallas con los estándares de justicia sustantiva o como con déficits de justicia procedimental. Los primeros provienen de errores de los jueces a la hora de valorar la prueba (falibilidad epistémica de los jueces) y los segundos simplemente por el riesgo intrínseco de cualquier

³⁶ en RAWLS (2006), p. 90.

³⁷ BAYÓN (2010), p. 12.

procedimiento penal de terminar de manera injusta (proceso penal como paradigma de la justicia procedimental imperfecta). ¿Qué determina que el resultado sea injusto? ¿De qué depende que una persona sea justamente condenada o absuelta? ¿El diseño de nuestro sistema procesal penal acarrea necesariamente la presencia de una suerte procedimental? El objetivo de este trabajo es intentar responder estas interrogantes.

I.3.2. Principio de culpabilidad

El procedimiento penal puede ser catalogado como justo o injusto desde dos perspectivas distintas. En palabras de Bayón:

“La justicia de un procedimiento (del cómo se decide) es distinguible de la justicia de sus productos (del qué se decide). Desde el primer punto de vista, un procedimiento posee un mayor o menor valor intrínseco; desde el segundo, un mayor o menor valor instrumental, que dependerá de la mayor o menor probabilidad de que los productos que arroje su funcionamiento sean justos.”³⁸

El valor que aquí nos interesa es el instrumental, el proceso penal es la herramienta que tenemos para imputar de manera definitiva la responsabilidad jurídico penal a un agente. Pero del hecho de que coexistan estos dos valores no se sigue que los procesos sean infalibles ni que este grado de falibilidad sea igual en todos ellos. Que se produzcan sentencias injustas está íntimamente relacionado con la idoneidad de las reglas del procedimiento, que pueden hacer que su valor instrumental sea enaltecido o entorpecido. El diseño institucional puede ser tal que los errores sean altamente probables o que esta probabilidad sea más bien baja.

Los procesos penales están diseñados de modo tal que buscan satisfacer un estándar o criterio sustantivo, que es conceptualmente independiente del propio procedimiento, tal como fue explicado en *supra* I.3.1. Este criterio está representado por el principio de culpabilidad. Juan Pablo Mañalich explica que se trata de un criterio bivalente pues los dos resultados posibles de alcanzar en el final de un procedimiento, es decir, condena o absolución, son mutuamente excluyentes. Se suma a ello que se trata de un criterio bilateral en el sentido en que “la culpabilidad determina tanto la justicia de una decisión (de condena o absolución) que satisface ese criterio sustantivo, como la injusticia de una decisión (de condena o absolución)

³⁸ BAYÓN (2000), p. 85.

que no lo satisface”³⁹. Esto trae como consecuencia los cuatro escenarios que fueron descritos, en las letras a la d, en *supra* I.2.4.

Recordemos que, en nuestro sistema jurídico, derivado de la visión moderna del Derecho en la tradición jurídica de Europa continental, el rol del juez es aquel de mediar entre la universalidad de la ley y el caso particular. No se trata de una aplicación mecánica de la ley, sino de ser capaz de que cada caso particular sea resuelto conforme a las normas que en conjunto como sociedad nos hemos dado⁴⁰. Es en ese sentido que el proceso penal debe ser capaz de encontrar la forma de llegar a un resultado justo, a través de un diseño apropiado, que busque realizar el ideal predicado por el principio de culpabilidad, esto es, en tanto límite del *ius puniendi* estatal que establece que para imponer una pena a un agente es necesario poder responsabilizarlo del hecho que motiva su imposición.

De acuerdo a lo planteado por Kindhäuser, el proceso penal tiene tres funciones: verdad, justicia formal y certeza jurídica. La primera función es la que aquí interesa, aquella que “conciene el problema del establecimiento, como ‘cuestión histórica’, de la existencia del quebrantamiento imputable de la norma que pretende ser procesalmente achacado a una persona”⁴¹. Dado que las tres funciones pueden llegar a contraponerse, el diseño del sistema procesal penal debe lograr un equilibrio entre ellas. Como vemos, la averiguación de la verdad no es la única función y, por lo tanto, la búsqueda de ella no se da a “cualquier costo”. Esto tiene como una de sus consecuencias que la posibilidad de revisar sentencias que son materialmente injustas no es algo que se dé con frecuencia en nuestra legislación, pues implica un desmedro directo a la función de certeza jurídica.

I.3.3 Arreglos procedimentales para la minimización de la suerte procesal

Conforme a este primer acercamiento a la estructura del proceso penal y a los principios que lo rigen, podemos darnos cuenta que hay diversos factores que están fuera del control del

³⁹ MAÑALICH (2020a), p. 33.

⁴⁰ ATRIA (2004), p. 140.

⁴¹ MAÑALICH (2011), p. 149.

justiciable, y que determinan si la sentencia que se le impone será materialmente justa o injusta. Sobre este punto se seguirá indagando en el segundo capítulo, pero, puede adelantarse que los sistemas legales buscan maneras de minimizar este azar procesal. Tal como se vio en la primera parte del capítulo, el derecho penal sustantivo fija las condiciones de las cuales depende que a una persona pueda ser responsabilizada de un hecho punible que sirve como antecedente a la imposición de una, con independencia de que esa responsabilidad llegue a ser actualizada o no. Por su parte, el derecho procesal penal también busca a través de sus instituciones minimizar los factores azarosos implicados en los procedimientos penales, en el momento de la imposición de la pena –o de la absolución-, particularmente a través de la minimización del riesgo de obtener resultados sustantivamente injustos.

Cabe pensar que no existe tal cosa como un *pleno control procedimental*, sino que existe la suerte procesal. Definiremos la noción de suerte procesal como la imposibilidad del control pleno sobre el resultado del proceso. Es decir, no es posible asegurar la corrección sustantiva del proceso. Y eso ocurre porque los procedimientos no son susceptibles de ser totalmente controlados y, como sabemos, el proceso se materializa en la realización de procedimientos.

Como fue expuesto precedentemente, los resultados sustantivamente injustos son de dos tipos: falsos positivos y falsos negativos. El derecho penal está clausurado por el principio de *ne bis in idem*, que consiste en la prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo hecho⁴². Por lo tanto, resulta contrario a este principio la idea de juzgar nuevamente un hecho sobre el cual ya recae una sentencia definitiva, firme y ejecutoriada, por mucho que ella resulte ser materialmente injusta. Bajo el derecho chileno, el mecanismo de revisión de los resultados injustos está marcado por un principio de valoración asimétrica. En concreto, las únicas sentencias materialmente injustas que pueden ser revisadas son aquellas que consisten en decisiones de condena (falsos positivos), a través de la acción de revisión del artículo 473 del Código Procesal Penal (en adelante, “CPP”). Por su parte, las absoluciones de personas efectivamente culpables no pueden ser revisadas, por lo que se podría afirmar que la cosa juzgada recaída sobre ellas es, en este sentido, inviolable. Al suprimir la fuerza de cosa

⁴² Véase MAÑALICH (2020a), pp. 50 ss.

juzgada de la sentencia condenatoria revisada, es posible que se inicie una nueva persecución penal en referencia al mismo hecho procesal y respecto del mismo imputado, abriéndose así una nueva oportunidad de *averiguar la verdad* y obtener un resultado justo⁴³. Esto es precisamente lo que no podemos hacer tratándose de la absolución de culpables. Se explorará en el siguiente capítulo si este intento de neutralización⁴⁴ resulta suficiente, así como si es pertinente la existencia de un principio de valoración asimétrica.

⁴³ Cabe decir que esto sólo ocurre tratándose de los casos en los que la Corte Suprema, como tribunal de revisión, dicta sentencia de (absolutoria) de remplazo.

⁴⁴ Se trata más bien de una minimización y no de una neutralización. Este último concepto fue instalado en la discusión sobre la suerte por ROSELL (2016), resultando un concepto poco acertado pues no es posible pretender la neutralización de la suerte, entendida como su total erradicación.

CAPÍTULO II:

Errores Procesales

El presente capítulo tiene por objetivo profundizar en la dogmática de la justicia procesal⁴⁵ con el objetivo de relevar aquellos asuntos en los que es posible detectar la incidencia de factores azarosos. Habiendo sido ya introducidos, en el capítulo anterior, los conceptos de suerte moral y de suerte procesal, se busca ahora analizarlos a la luz del derecho procesal penal chileno.

II.1. Justicia procedimental

Esta sección pretende explicar los fundamentos de la justicia procedimental penal, que se traduce en la materialización de la práctica punitiva del Estado. Sin ánimo de innovar en la materia, se adopta como premisa en este trabajo una fundamentación retributiva de la práctica punitiva estatal entendida como una práctica cuyo sentido descansa en la expresión de reproche merecido entre sujetos que se reconocen como agentes morales iguales⁴⁶. Así Binding, citado por Mañalich, explica que “la relación jurídico penal entre el Estado y el condenado, establecida en el juzgamiento penal que alcanza fuerza de cosa juzgada, no es otra que la relación originaria entre ambos, adaptada para su realización”⁴⁷.

II.1.1. Funciones del derecho procesal penal

El derecho procesal penal es para Beling una institución puesta al servicio del derecho penal. De esta forma, observa que “el proceso penal está llamado a descubrir y llevar a efecto en cada caso las consecuencias jurídicas establecidas en términos generales y abstractos en el Derecho penal, definiendo jurídicamente, no por sí, sino en virtud de aquél, las situaciones de la vida humana que se ventilan en él”⁴⁸. Podemos entender, entonces, el proceso penal (y la dogmática que lo rodea) como funcionalmente dependiente del derecho penal sustantivo, que carece de independencia conceptual. Mañalich plantea que “las funciones desempeñadas por

⁴⁵ Para todos los efectos, cuando en este trabajo se habla de justicia procedimental o de proceso, se está refiriendo exclusivamente al plano del derecho penal.

⁴⁶ MAÑALICH (2007), pp. 164 ss.

⁴⁷ MAÑALICH (2020a), p. 29.

⁴⁸ BELING (2018), p 19.

el derecho procesal penal sólo pueden ser entendidas como funciones secundarias, por referencia a su contribución a la realización de las funciones (primarias) atribuibles al derecho penal”⁴⁹. Con todo, para efectos de esta investigación, lo interesante es indagar en los factores azarosos que es posible detectar en el desarrollo de los procesos penales (particularmente en las reglas que conforman el procedimiento) y ya no sólo en las normas penales sustantivas, asunto ya ampliamente estudiado en la literatura especializada en la materia. Sin embargo, no hay que perder de vista que cuando revisamos el proceso penal lo hacemos entendiéndolo como una institución dependiente del derecho penal sustantivo.

Recordemos que en el primer capítulo la noción de suerte procesal fue definida como la imposibilidad del control pleno sobre el resultado del proceso, desde el punto de vista de la adecuación del resultado del proceso a las normas de sanción penal, de modo que la corrección sustantiva del proceso no es susceptible de ser garantizada.

Si adoptamos una concepción retribucionista de la pena y una teoría expresiva o comunicativa de ella, según la cual su imposición es expresión de reproche por el quebrantamiento de una norma legítima⁵⁰, sostendremos que “la función del derecho penal se identifica con el restablecimiento simbólico de la vigencia de normas fundamentales para la coexistencia social, legitimadas en atención al principio de protección de bienes jurídicos, a través de la institucionalización de la irrogación de un mal de cierta naturaleza como una respuesta jurídica que expresa desaprobación por el quebrantamiento imputable de una (o varias) de esas normas”⁵¹. Si esa es la función del derecho penal (o, a lo menos, una de ellas), ahora debemos preguntarnos cuál es la función o las funciones del derecho procesal penal, en la medida en que entendemos que el segundo está al servicio del primero.

Antes de llegar a las funciones, estudiaremos los principios del proceso penal. Para Jordi Nieva, son tres los principales: el principio de necesidad, el principio de legalidad y el principio de inmutabilidad. El primero “alude a la necesidad de celebrar un proceso para conseguir la materialización del derecho discutido siendo imposible dicha materialización al

⁴⁹ MAÑALICH (2011), p. 148.

⁵⁰ Sobre la relación entre retribucionismo y expresivismo, véase en MAÑALICH (2007), pp. 135 ss.

⁵¹ MAÑALICH (2011), p. 149.

margen de dicho proceso”⁵². Por su parte, el principio de legalidad se opone según este autor al principio de oportunidad, que caracteriza al proceso civil. En el proceso penal, la legalidad prima toda vez que “el titular de la acción no tiene más remedio que ejercerla, porque una ley lo obliga a ello en el caso concreto”⁵³, mientras que en el proceso civil la decisión si actuar jurisdiccionalmente o no está en manos del titular de la acción. El tercer principio, el de inmutabilidad, dice relación con el poder de disposición sobre el proceso, que no se encuentra en manos de las partes dado que el derecho discutido no es de su libre disposición. Esto último resulta relevante toda vez que los intervinientes del proceso penal y particularmente el justiciable, no tiene control alguno sobre qué normas se le aplicarán y, más importante aún, cómo le serán aplicadas.

Para Mañalich, el horizonte de operación del derecho procesal penal está constituido por la sospecha, es decir, por la incertidumbre respecto a que haya tenido lugar o no un quebrantamiento imputable de una norma. Explica de esta forma que el proceso tiene como objetivo superar esa incertidumbre ya sea refutando la sospecha o confirmándola⁵⁴. Kindhäuser a su vez distingue entre tres funciones presentes en el derecho procesal penal que entran en tensión entre sí, a saber: la función de verdad, la de justicia formal y la de certeza jurídica. La primera busca esclarecer la *cuestión histórica* acerca de la perpetración del delito. La función de justicia formal está íntimamente relacionada con la definición de la forma del procedimiento a través del cual pueda obtenerse la resolución imparcial de la sospecha del quebrantamiento imputable de la norma. Finalmente, la certeza jurídica es perseguida dado que el sistema debe despejar la incertidumbre de forma definitiva acerca de la efectividad (o no) de la perpetración del delito⁵⁵.

Estas tres grandes funciones tienen todas un gran valor en sí mismas, y deben tener todas cabida en cualquier procedimiento penal. Si bien ellas se encuentran en una relación de tensión recíproca, coexisten en las normas procesales. Por ejemplo, la regulación de la acción de revisión (artículos 473 y ss. del CPP), que será estudiada en este trabajo, resuelve la tensión

⁵² NIEVA (2011), p. 19.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ MAÑALICH (2011), p. 149.

⁵⁵ Véase en MAÑALICH (2011), p. 149.

entre las funciones de verdad y de certeza jurídica. Aun cuando es posible derrotar sentencias firmes para establecer la verdad histórica sobre la perpetración de un delito de modo de poder materializar la función de verdad del proceso penal, las causales para hacerlo son acotadas y estrictas posibilitando que la función de certeza jurídica no se vea fuertemente afectada. Sin embargo, el compromiso con esta función resulta de todos modos débil en cuanto la acción de revisión no prescribe.

Por su parte, Bayón enfrenta este asunto desde otro punto de vista. Si bien sus estudios se refieren al derecho constitucional, su investigación puede ser trasladada al plano del derecho procesal penal. Su principal planteamiento consiste en la distinción entre el valor intrínseco de un procedimiento y el valor instrumental. El valor intrínseco está determinado por la justicia de un procedimiento, del *cómo se decide*, mientras que el valor instrumental se relaciona con la justicia de sus productos, del *qué se decide*. Dado que entendemos que el proceso penal es funcional al derecho penal sustantivo, lo que nos interesa es la maximización del valor instrumental de los procedimientos. Si bien sabemos que el proceso penal, en tanto paradigma de la justicia procedimental imperfecta es falible, lo que buscamos es reducir esa falibilidad a su mínimo posible. Que todos los procedimientos sean falibles no implica que todos ellos lo sean en el mismo grado. Dada esta constatación de Bayón, lo relevante al formular las normas del proceso penal –o de cualquier diseño procedimental- no es sólo el valor intrínseco de él, sino que sus valores instrumentales.⁵⁶

II.1.2. Clausura del proceso: *ne bis in idem*

El latinajo *ne bis in idem*, “no dos veces por lo mismo”, constituye un principio fundamental del derecho penal. Consiste en la prohibición de juzgar y/o sancionar a una misma persona dos veces por un mismo hecho⁵⁷. Este principio cumple dos funciones distintas. La primera de ellas opera como estándar sustantivo de aplicación jurisdiccional de normas de sanción penal al prohibir la valoración múltiple de un mismo hecho⁵⁸ en la fundamentación judicial de una

⁵⁶ Véase en BAYÓN (2000), pp. 85 ss.

⁵⁷ Véase en MAÑALICH (2011), p. 140.

⁵⁸ Entiéndase hecho como lo misma circunstancia o aspecto de uno o más hechos. Sobre la noción de hecho procesal se profundizará más adelante.

sanción impuesta. La segunda función corresponde a su rol de estándar de clausura procesal, es decir, existe una “exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho”⁵⁹.

Para efectos del estudio de la influencia del azar en el proceso penal, interesa profundizar la segunda función del principio *ne bis in idem*, aquella en que opera como estándar de clausura procesal. Esta función se condice con el efecto de cosa juzgada material de una sentencia firme. La cosa juzgada material se diferencia de la cosa juzgada formal en la medida en que esta última habilita a cumplir lo resuelto de manera provisional e impide renovar la discusión sobre la cuestión resuelta en el mismo proceso, pero sin que obste a su revisión (*lato sensu*) en juicio posterior⁶⁰. En cambio, la cosa juzgada material, es decir la que aquí nos interesa, es aquella que habilita a cumplir lo resuelto sin que medie restricción alguna, impidiendo que se renueve la discusión sobre el asunto resuelto, tanto en el mismo proceso en que se discutió como en alguno posterior (cosa juzgada propiamente tal). La cosa juzgada material tiene una dimensión negativa y una positiva. La primera excluye la posibilidad de adoptar una decisión futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, mientras que la segunda comprende “el efecto vinculante para un proceso ulterior de la sentencia firme dictada en uno anterior sobre una situación o relación jurídica que –sin ser la misma que se somete de nuevo a consideración judicial- condiciona la situación o relación jurídica que se hace valer en el nuevo proceso”⁶¹.

Si bien el principio no está consagrado en el nivel constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, sí está consagrado en el artículo 14 n°7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶², ratificado por Chile. No obstante, el principio sí tiene una consagración expresa, en el nivel legal, en la forma de un principio de *única persecución*. Así, el artículo 1° inciso 2° del CPP reza como sigue: “La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”. Esta disposición establece la prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo

⁵⁹ MAÑALICH (2011), p. 140.

⁶⁰ CASARINO (2012), p. 125.

⁶¹ FERRER (2005), p. 58.

⁶² “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme [...]”

hecho, ante la eventualidad de un nuevo juicio. Por su parte, el artículo 264 CPP, al regular la litis pendencia, se encarga de establecer la prohibición de múltiples juzgamientos simultáneos. Entonces, es posible afirmar que en nuestra legislación el principio de *ne bis in idem*, en su segunda función, se encuentra expresamente reconocido.

La cosa juzgada, para Nieva “no es más que una prohibición de reiteración de juicios que, garantizando el mantenimiento de la estabilidad de los pronunciamientos judiciales a través de esa prohibición, intenta otorgar seguridad jurídica al sistema”⁶³. Volviendo a las tres principales funciones del proceso penal, podemos ver que esta institución se relaciona con la tercera, aquella referida a la certeza jurídica que busca cerrar de forma definitiva el asunto litigioso. Recordemos que hay otras dos funciones que entran en conflicto con la búsqueda de certeza jurídica y una de ellas es la de buscar la verdad acerca del acaecimiento del hecho punible. Para Binding, después de la emisión del juzgamiento es inconcebible la subsistencia de la pretensión punitiva originaria del Estado. Explica que se busca que una “vez emitido el juzgamiento dotado de fuerza de cosa juzgada, la vida jurídica práctica no vuelva a preguntar por la relación jurídica originaria. Sólo el temor de que haya sido condenado un inocente puede suscitarla”⁶⁴.

Tal como ya fue dicho, éste es un ejemplo paradigmático de colisión de dos funciones del proceso penal, entre la verdad y la certeza jurídica, que es resuelta a favor de la función de verdad, pero sólo en casos muy calificados, como se estudiará más adelante. Esto se explica por el supremo respeto que existe hacia el principio de culpabilidad y la aversión generalizada hacia la injusta condena de inocentes; Mañalich explica que, siguiendo a Binding:

“la existencia de la pretensión punitiva del Estado contra quien es condenado como responsable de algún hecho punible, especificándola —y así “adaptándola”— para su materialización a través de la ejecución de la pena judicialmente impuesta, clausura la posibilidad de una ulterior tematización procesal de la pregunta por la existencia o inexistencia de la pretensión punitiva originaria, siendo el caso que únicamente la

⁶³ NIEVA (2010), p. 301.

⁶⁴ Binding citado en MAÑALICH (2020a), p. 29.

preocupación por la eventual inocencia de quien ha sido condenado justificaría reabrir esa posibilidad.”⁶⁵

Entonces, el principio de *ne bis in idem* entendido como estándar de clausura procesal consistente en la prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo hecho, se ve derrotado por la preocupación acerca de la inocencia de un condenado. En nuestro ordenamiento jurídico la acción de revisión del artículo 473 CPP cumple este rol dado que, tras la anulación de la sentencia condenatoria resultante del acogimiento de esta acción, resulta procedente el pronunciamiento de una sentencia de remplazo que *pase por encima* del principio de persecución penal única estipulado en el primer artículo del CPP.

II.1.3. El concepto de hecho procesal

Para definir el principio del *ne bis in idem* nos referimos a la prohibición de castigo múltiple por un mismo hecho. Cabe preguntarse qué entendemos por hecho para delimitar la operatividad de este principio. Doctrinalmente se suele distinguir entre dos grandes concepciones de hecho, la concepción jurídico-penal y la concepción procesal. Un hecho delictivo en sentido jurídico-penal es aquel que se distingue por constituir un único delito. Para lograr identificar un hecho así entendido, es necesario advertir que hay dos cuestiones relevantes, la primera relativa a la identidad del tipo delictivo realizado y la otra aquella que identifica la particular instancia de realización de ese tipo delictivo⁶⁶. Con ello, el concepto de hecho delictivo designa un objeto “intensional”: “la identificación de un determinado hecho delictivo es siempre relativa a, o dependiente de, una determinada descripción: cada realización (imputable) de un determinado tipo delictivo cuenta como un hecho delictivo *per se*”⁶⁷.

Por su parte, un hecho en sentido procesal “hace posible identificar el complejo de circunstancias fácticas que conforman el objeto temático de un proceso cualquiera, y así el sustrato de lo que pudiera llegar a ser formalmente imputado al acusado”⁶⁸. Esta concepción es sumamente importante para el objeto de esta investigación. Por una parte, la identificación

⁶⁵ MAÑALICH (2020a), p. 30.

⁶⁶ MAÑALICH (2011), p. 150.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 151.

⁶⁸ MAÑALICH (2020a), p. 51.

del hecho procesal permite determinar el objeto de referencia de la eventual sentencia definitiva, la que, de acuerdo con el principio de congruencia, debe coincidir a su vez con el objeto de acusación formulada por el Ministerio Público; por otra parte, se logra delimitar el alcance de la cosa juzgada de la sentencia en cuestión. El concepto de hecho procesal designa, en consecuencia, un objeto “extensional”, dado que el objeto temático del proceso no depende de la descripción específica de determinada calificación jurídica de ciertas circunstancias. Esto quiere decir que es posible que durante el proceso haya modificaciones a la calificación jurídico-penal del objeto del juicio (un cambio en el hecho jurídico-penal), sin que ello trastoque el hecho procesal en cuestión, el que fuera establecido al momento de la formalización de la investigación y luego de la formulación de la acusación. Podemos concluir entonces que una pluralidad de hechos en el sentido jurídico-penal puede llegar a constituir un solo hecho procesal. Aquí se encuentra la consecuencia relevante: el juzgamiento del hecho procesal queda proscrito por el principio *ne bis in idem* ante un posible nuevo proceso.

Como fue planteado anteriormente, la función de clausura procesal del principio *ne bis in idem* se corresponde con el efecto de cosa juzgada material de una determinada sentencia firme. Y la extensión de esta cosa juzgada material queda determinada por el hecho en sentido procesal que constituyó el objeto temático del proceso respectivo. Esta aclaración es fundamental para no confundir el alcance del *hecho* al que nos referimos cuando hablamos de cosa juzgada –prohibición de sancionar a alguien dos veces por el mismo *hecho*-. Hay que tener presente que no estamos hablando de un hecho en su sentido jurídico-penal, sino que estamos prohibiendo juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho en sentido procesal o extensional.

II.1.4. El hecho procesal en el modelo de Kelsen

Una vez aclarada esta distinción sobre el concepto de hecho, pasaremos al estudio que hace Kelsen sobre los hechos procesales. Plantea que la verificación de un hecho delictivo es una función constitutiva que cumple el tribunal. La *opinión* del tribunal sobre el hecho es la única que resulta jurídicamente relevante. Sin embargo, “la sentencia judicial, cuando las partes en juicio, facultadas al efecto por el orden jurídico, consideren incorrecta la determinación que la sentencia contenga del hecho condicionante, pueden atacarla en otra instancia; es decir, el sentido subjetivo del acto de la sentencia no tiene que ser aceptado

definitivamente como su sentido objetivo”⁶⁹. Esta concepción de hecho procesal expresada por Kelsen resulta interesante para comprender su mirada sobre la cosa juzgada. El autor plantea que cuando un proceso judicial es objeto de otro proceso judicial (en nuestro caso, lo que ocurre cuando la Corte Suprema conoce una acción de revisión), dado que esta situación se encuentra limitada por el orden jurídico positivo, “tendremos entonces un procedimiento judicial que ya no puede ser objeto de otro y, por ende, no puede aparecer ya en lugar del hecho de este proceso judicial realizado el hecho procesalmente verificado de ese procedimiento, teniendo que aceptarse el caso límite de un último procedimiento judicial como un hecho en sí”⁷⁰. Esto es justamente lo que ocurre cuando la sentencia del tribunal de última instancia adquiere fuerza de cosa juzgada. Kelsen equipara la cosa juzgada a la imposibilidad de que exista otra opinión sobre un hecho, dando como opinión inamovible aquella entregada por el máximo tribunal en la revisión de una sentencia anterior. El sentido subjetivo del acto de la sentencia de última instancia se transforma en su sentido objetivo, y por ende incuestionable jurídicamente.

La concepción adoptada por Kelsen, contextualizada en un paradigma nomodinámico, nos lleva a entender al Derecho como una institución transformadora de problemas de justicia en cuestiones de ejecución de procedimientos predeterminados por personas predeterminadas⁷¹. Esta idea es algo comúnmente aceptado por quienes suscriben el paradigma nomodinámico. Para Celano, que el Derecho transforme toda cuestión de justicia procedimental pura en una cuestión de justicia procedimental imperfecta, trae como consecuencia que algo que no tenga carácter jurídico sea tratado como algo jurídico, y viceversa.

Recordemos que la justicia procedimental imperfecta se caracteriza por contar con un criterio independiente de juicio que indica que el resultado sea correcto o no y que el éxito del procedimiento no esté garantizado. Por su parte la justicia procedimental pura no cuenta con un criterio de estas características, sino que la corrección está únicamente determinada por la debida observancia del procedimiento. Celano plantea que desde el punto de vista jurídico, la posibilidad de fracaso está excluida toda vez que, siguiendo el paradigma nomodinámico, el

⁶⁹ KELSEN (2001), p. 249.

⁷⁰ KELSEN (2001), p. 250.

⁷¹ Véase en CELANO (2001), p. 408.

resultado de un juicio es jurídicamente existente o inexistente, no correcto o incorrecto. Por lo tanto, desde esta perspectiva, el proceso estaría definido por la no disponibilidad del criterio independiente y del éxito garantizado del procedimiento, lo que se contrapone a lo tradicionalmente aceptado: que el proceso penal se condice con la justicia procedimental imperfecta, no con la justicia procedimental pura. Por lo tanto, Celano sostiene que, jurídicamente hablando, la distinción rawlsiana entre justicia procedimental imperfecta y justicia procedimental pura colapsa. Sin embargo, Celano no repara en que puede problematizarse tanto que el órgano competente para determinar la ejecución de un procedimiento determinado sea efectivamente competente como que se aplique el procedimiento de modo adecuado. Así, que una decisión no logre ser jurídicamente impugnada no logra suprimir la pregunta acerca de la validez jurídica de esa decisión⁷². Por ello, y para efectos de este trabajo, se considera que la distinción entre justicia procedimental pura e impura (dado que la justicia procedimental imperfecta es una subcategoría de la impura) es pertinente e importante para comprender el fenómeno del proceso penal.

Sin embargo, el carácter binario de la distinción entre justicia procedimental (impura) perfecta y justicia procedimental (impura) imperfecta sí puede ser puesto en cuestión. Mañalich lo explica del siguiente modo, desarrollando un ejemplo de Rawls: si hay una torta que es dividida bajo la regla “quien reparte se lleva la última parte”, se asegura la satisfacción de la justicia distributiva toda vez que cada participante recibe una porción igual a la de los demás. Esto porque a quien reparte le conviene que todos los pedazos sean iguales para así recibir uno que sea lo más grande posible. Sin embargo, que el repartidor sea capaz de dividir en partes iguales la torta no implica que en alguna ocasión particular no lo logre y la repartición resulte siendo injusta⁷³. Este asunto nos lleva a concluir que la distinción entre justicia procedimental impura perfecta e imperfecta no es binaria, sino que debiese ser redefinida como una diferenciación gradual al interior de la categoría de la justicia procedimental imperfecta. En efecto, puede haber diferencias graduales dependiendo de qué tan probable sea la obtención de un resultado justo en lo sustantivo. Por tanto, las normas pueden llegar a ser parcialmente perfectas o imperfectas.

⁷² Véase en MAÑALICH (2020a), p. 35.

⁷³ Véase en MAÑALICH (2020b), p. 90.

Esta manera de comprender las dos subcategorías de la justicia procedimental impura nos entrega una concepción esperanzadora sobre el proceso penal. Esta consiste en que pueden establecerse mecanismos de justicia procedimental para satisfacer el estándar sustantivo de justicia, que en este caso se corresponde con el principio de culpabilidad. Si bien sabemos que con la introducción de los mecanismos en cuestión la corrección sustantiva del proceso seguirá siendo incierta, y por lo tanto seguirá tratándose de una justicia procedimental imperfecta, podemos pensar que esta imperfección puede ser matizada. A esto nos referimos cuando planteamos que los factores azarosos del proceso penal pueden ser combatidos en un esfuerzo hacia su neutralización, que si bien sabemos no es posible de alcanzar, sí podemos pensar en mecanismos para acercarnos lo más posible a un resultado libre de injusticias producidas por el azar.

II.1.5. Importancia de los estándares de prueba

El principal objetivo del presente capítulo es dilucidar cómo los errores procesales pueden estar influidos por factores azarosos. Sabemos que el proceso penal en tanto sistema de justicia procedimental imperfecta depende de un criterio sustantivo externo de justicia. La satisfacción de ese criterio, que en este caso corresponde al principio de culpabilidad, determina la corrección del proceso. Entonces, cuando estamos frente a una insatisfacción de este criterio sustantivo, se trata de un error. Un error procesal en este sentido, explica Mañalich, consiste en la discrepancia entre la declaración judicial de la satisfacción de los presupuestos fácticos y jurídicos de una condena y la efectiva falta de satisfacción de alguno o algunos de esos presupuestos, sin que ese error necesite descansar en algún déficit de corrección procedimental del proceso en cuestión⁷⁴. Jordi Ferrer, en la misma línea explica que “la aplicación del derecho será correcta si se impone la consecuencia jurídica prevista a los casos en que se han producido efectivamente las circunstancias antecedentes previstas por las normas”⁷⁵. Por su parte, Jonatan Valenzuela, desde una perspectiva más general, lo formula del siguiente modo: “Hay un error judicial desde la perspectiva procesal penal cuando se condena a una persona

⁷⁴ Véase en MAÑALICH (2020a), p. 33.

⁷⁵ FERRER (2007), p. 100.

que no ha cometido un delito o cuando se absuelve a una persona que ha cometido un delito”⁷⁶.

Recordemos que una de las tres funciones del proceso penal es la de averiguar la verdad, y esto está íntimamente ligado con el esfuerzo por minimizar el riesgo de error. Por tanto, uno de los principales objetivos a la hora de diseñar un proceso penal es buscar un método para la reducción de la posibilidad de la existencia de errores. El derecho procesal penal administra la posibilidad de error, a través de su reducción y distribución⁷⁷. Si bien la condena de un inocente es tan errónea, en el sentido ya especificado, como la absolución de un culpable, en nuestro sistema procesal penal, uno es considerado más grave que otro; nos encontramos ante una valoración asimétrica entre ambos tipos de errores. Esto tiene diversas manifestaciones que serán estudiadas en este trabajo. Se trata de tres principalmente, a saber: el estándar de prueba, la presunción de inocencia y la operatividad de la acción de revisión.

En este apartado estudiaré la primera manifestación, es decir, el estándar de prueba que impera en el derecho procesal penal chileno. Partamos por definir la actividad probatoria. Tradicionalmente, se entiende que lo que hay que probar en un proceso judicial son los hechos. Sin embargo, más precisamente, la prueba puede ser descrita como “una actividad que tiene por fin el establecimiento de la verdad de cierto enunciado sobre los hechos”⁷⁸. En este sentido, lo que se prueba no son propiamente los hechos, sino que el conjunto de proposiciones acerca de los hechos que realizan las partes como de los supuestos de hechos a ellos asociados por reglas jurídicas⁷⁹. El derecho procesal penal, fija como objetivo epistémico de la prueba minimizar el número de errores en la declaración de hechos probados⁸⁰, o más bien, en las declaraciones sobre estos hechos.

Para materializar esta función del derecho procesal, la prueba tiene reglas muy claras. Vale aclarar que en el ordenamiento jurídico chileno el proceso penal está gobernado por un régimen de libre valoración de la prueba, en contraposición al régimen de prueba tasada,

⁷⁶ VALENZUELA (2017), p. 19.

⁷⁷ Véase en VALENZUELA (2017), p. 20.

⁷⁸ VALENZUELA (2017), p. 27.

⁷⁹ Véase en VALENZUELA (2017), p. 29.

⁸⁰ Véase en FERRER (2007), p. 100.

propio del proceso civil. Daniela Accatino nos explica la pertinencia de las normas probatorias del siguiente modo:

“Para decidir en forma justificada si está o no está probada en un proceso una determinada proposición sobre los hechos del caso es necesario, en un sistema de libre valoración probatoria, contar con un estándar para evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerarla probada.”⁸¹

La determinación del estándar de prueba que gobierna la decisión probatoria de un proceso “es un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales en la declaración de hechos probados”⁸². Recordemos que los errores pueden ser de dos tipos: falsos negativos o falsos positivos. Los primeros consisten en una decisión en que se declara no probada la hipótesis, siendo verdadera, mientras que los segundos en una decisión en que se declara probada una hipótesis, siendo ésta falsa. Estas decisiones erróneas pueden configurarse como tales por dos vías. La primera vía consiste en una falla epistémica, es decir, el juez yerra al fundamentar su decisión en los elementos disponibles en el juicio, se trata de un problema *de conocimiento* del juez. La segunda vía consiste en que, no habiendo fallas epistémicas del juez, se falla en el objetivo de averiguar la verdad.

El umbral de suficiencia que fija el Código Procesal Penal es el de la “convicción más allá de toda duda razonable”, establecido en su artículo 340⁸³. Este estándar justamente se condice con el principio de valoración asimétrica del riesgo de error. Es suficiente la sola existencia de una “duda razonable” acerca de la verdad de las premisas fácticas de una posible decisión de condena, para la absolución del acusado⁸⁴. En cambio, los modelos de proceso civil sujetos a sistemas de libre valoración de prueba, eligen como estándar probatorio la “preponderancia de evidencia”, la que se condice con una valoración simétrica del riesgo de errores, es decir, es tan probable que se acoja como que se rechace la pretensión del

⁸¹ ACCATINO (2011), p. 484.

⁸² FERRER (2007), p. 143.

⁸³ Cabe señalar aquí que la recepción de este estándar en el sistema chileno, cuyo origen corresponde a los juicios de jurados del sistema del Common Law, no ha sido un asunto pacífico. El alcance del estándar en nuestro sistema ha sido sujeto de diversas discusiones, particularmente respecto su carácter subjetivista. Al respecto, véase ACCATINO (2011).

⁸⁴ MAÑALICH (2020b), p. 96.

demandante, así como que esta decisión sea sustantivamente justa o injusta. Por su parte, Accatino explica la valoración asimétrica del estándar penal del siguiente modo:

“Al elevar el umbral de suficiencia de la prueba se reduce, por una parte, el riesgo de que se cometa un error al declarar probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare probada una proposición falsa o riesgo de un falso positivo), pero aumenta correlativamente, por otro lado, el riesgo de que se yerre al declarar no probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare no probada una proposición verdadera o falso negativo).”⁸⁵

Entonces, el riesgo de falsos positivos y falsos negativos puede estar distribuido tanto de forma simétrica como asimétrica, dependiendo de cuál sea el estándar de prueba que domina cada procedimiento. Nuestro estándar penal expresa que la absolucón de un culpable es algo más soportable que la condena de un inocente. La existencia de este estándar y no de otro resulta de una decisión política más que de una decisión de optimización epistemológica. La pregunta que la discusión política busca responder es, para Ferrer, ¿cuántas absoluciones falsas está dispuesta la sociedad a soportar para evitar una condena falsa?⁸⁶ En el siguiente apartado se busca aclarar un poco más este asunto, investigando por qué como sociedad decidimos vivir con esta asimetría.

II.2. Valoración asimétrica de “falsos positivos” y “falsos negativos”

II.2.1. Principio de culpabilidad como criterio sustantivo

En términos generales, el principio de culpabilidad es aquel que exige que sólo sea castigada una persona que es efectivamente responsable de aquello que se le imputa⁸⁷. Este principio cobra distintos roles dependiendo de la teoría de la pena que se siga. Con todo, para cualquier perspectiva que se adopte sobre la fundamentación de la pena, se trata de un principio que tiene fuerza normativa siempre. La principal disyuntiva al respecto es si se entiende como un concepto unilateral o bilateral. La interpretación bilateral consiste en darle tanto una función de limitación como de fundamentación de la imposición de la pena, es decir, una función

⁸⁵ ACCATINO (2011), p. 487.

⁸⁶ Véase en FERRER (2007), p. 143.

⁸⁷ MAÑALICH (2020a), p. 31.

negativa y otra positiva.⁸⁸ Por su parte, la interpretación unilateral desempeña únicamente una función de índole negativa, estableciendo un límite a la imposición de la pena, pero sin ofrecer un fundamento⁸⁹.

El principio de culpabilidad no solo tiene una función respecto de la fundamentación de la pena y de estándar de legitimación de su imposición, sino que también desempeña una segunda función, operativamente ulterior, un estándar de determinación de la pena. Sin embargo, para efectos de esta investigación, nos quedaremos con la aplicación de la culpabilidad en su primera función. Ella se traduce en una serie de exigencias, a saber: la de evitabilidad del respectivo hecho punible; la de imputación subjetiva; la de capacidad de motivación conforme a derecho y la de conocimiento de la ilicitud del hecho.

Recordemos que el diseño del proceso penal lo convierte en un mecanismo de justicia procedimental imperfecta. Esto implica que existe un criterio sustantivo externo de cuya satisfacción depende la justicia o injusticia del resultado. El criterio es el principio de culpabilidad, que tiene como características ser bivalente y bilateral⁹⁰. La consecuencia de ello es que el resultado de un proceso penal puede tener cuatro tipos de resultados: a) verdadero positivo; b) falso positivo; c) verdadero negativo o; d) falso negativo⁹¹. En los primeros dos tipos de resultados, estamos ante la afirmación judicial de la culpabilidad del imputado. El juez llega a la conclusión de que la conducta –acción u omisión– del imputado debe ser catalogada como punible en cuanto constituye un quebrantamiento de la norma de comportamiento, en el sentido que dicho comportamiento expresa una falta de reconocimiento del carácter vinculante de la norma. El autor expresa con su conducta una falta de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción. Que esta conclusión sea de hecho verdadera, depende de la adecuación del contenido de la sentencia al principio de culpabilidad. De no serlo, estamos frente a un falso positivo. Y, a la inversa, cuando hay un falso negativo, el juez afirma en su sentencia que el imputado sí se motivó conforme a la

⁸⁸ Esta interpretación se relaciona con las concepciones retribucionistas de la finalidad de la pena.

⁸⁹ Esta interpretación se condice con las teorías prevencionistas mixtas o combinatorias de la pena como la de Hart o Roxin. Al respecto, véase MAÑALICH (2010), pp. 63 ss.

⁹⁰ Asunto explicado en el capítulo I, en el apartado I.3.2

⁹¹ Ver cuadro explicativo en p. 23.

norma para actuar –u omitir una acción- siendo que, de hecho, no lo hizo, no reconociendo dicha norma o, más bien, quebrantándola.

La atribución de culpabilidad por un comportamiento que infringe un deber impuesto por una norma jurídico-penalmente reforzada es comprendida como una operación de imputación, operación que puede estar correcta o incorrectamente llevada a cabo⁹². Esto implica que una persona al ser declarada culpable por un juez por haber perpetrado algún hecho punible, ve modificado su estatus jurídico: una vez que la sentencia alcanza fuerza de cosa juzgada, el imputado será tratado como culpable. Sin embargo, esto no implica que no sea concebible seguir preguntándose por la verdadera culpabilidad del agente. Mañalich lo explica del siguiente modo: “la declaración de que la persona acusada es culpable no es suficiente para responder la pregunta de si en efecto ella es culpable”⁹³ No es posible afirmar, sólo a través de un acto de habla consistente en la declaración de culpabilidad, que la cuestión sobre la que recae la imputación judicial sea factualmente correcta, dado que la proposición cuya verdad es afirmada por el juez puede, de hecho, ser falsa. Esta constatación deja planteada la necesidad de la existencia de mecanismos como el de la acción de revisión si lo que buscamos a través del proceso penal es primordialmente la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido.

II.2.2. Fin de la pena y principio de culpabilidad

Las teorías que estudian el fin de la pena pueden dividirse de modo preliminar entre aquellas que adoptan perspectivas prevencionistas y aquellas que adoptan perspectivas retribucionistas. El primer tipo de teorías, si bien no ignora la exigencia de culpabilidad para imponer una pena, le da un valor menos preponderante, primando la búsqueda de prevenir la comisión de delitos futuros, descansando en una moral utilitarista. Esta última sirve para justificar la imposición de una pena a un sujeto que no es culpable por el hecho punible que se le imputa, en tanto este costo individual resulta compensado por la obtención de mayor bienestar agregado. En términos rawlsianos, la condena de un inocente contaría como una condición justificada bajo la práctica. Sin embargo, el bienestar agregado por la condena de inocentes

⁹² Sobre las operaciones de imputación, véase en MAÑALICH (2020b), pp. 81 ss.

⁹³ MAÑALICH (2020b), p.85.

queda puesto en duda dado que las personas ya no tendrían buenas razones para temer la sanción si saben que pueden ser sancionadas incluso sin haber cometido el delito.

Para las teorías retribucionistas, en cambio, la culpabilidad es condición necesaria y además suficiente para la imposición de una pena (aunque, en estricto rigor, esa suficiencia se ve matizada por la presencia de otros factores a considerar al momento de dicha imposición).⁹⁴ Si bien retributivamente habría injusticia en la absolución de un culpable en la medida que se merece retributivamente un castigo y no lo recibe, resulta intolerable de un modo mucho más intenso la condena de un inocente. Esto ocurre pues en este último caso hay un titular de derechos subjetivos que ve vulnerados esos derechos, asunto que no ocurre en el primer caso. Resulta evidente que el Estado tiene que liberar a quien está sufriendo una condena injusta, si el título que justificaba la práctica punitiva del Estado en el caso particular consistente en encarcelar a una persona –lo que es constitutivo de una limitación extrema del derecho fundamental de la libertad personal que el propio Estado está llamado a proteger-, era un título objetivamente inexistente. Desde la perspectiva retribucionista entonces, la injusticia sustantiva no es equivalente para estos dos tipos de casos. Podemos concluir que la manera en que el principio de culpabilidad funciona como estándar de justicia del resultado del proceso lo vuelve compatible con el principio de valoración asimétrica del riesgo de una decisión injusta, para ser más precisos, *retributivamente* injusta.

II.2.3. Principio in dubio pro reo y presunción de inocencia

Una vez aclarada la fundamentación de la valoración asimétrica del riesgo de errores en el proceso penal, corresponde volver a investigar los aspectos normativos y de diseño procedimental en los que esta asimetría se ve plasmada. Ya fue explicado en este trabajo que el estándar de prueba del proceso penal chileno es uno que resuelve asimétricamente la incertidumbre respecto de la responsabilidad o falta de responsabilidad del imputado frente a aquello que se le imputa. Subyace a la regla probatoria del “más allá de toda duda razonable” la máxima *in dubio pro reo*, que se traduce “en la duda, a favor del imputado”. Esta máxima implica que basta que la defensa del imputado logre producir duda razonable para que la pretensión de condena decaiga.

⁹⁴ Al respecto, véase MAÑALICH (2010), pp. 89 ss.

Otra manifestación de la asimetría aquí en cuestión es el reconocimiento de la garantía de la presunción de inocencia, establecida en el artículo 4° CPP. Esta garantía contempla dos dimensiones: una regla de trato para el imputado y una regla de decisión para el tribunal. La primera consiste en especificar el modo en que el imputado debe ser tratado a lo largo del proceso. La segunda especifica cómo el juez debe responder a la pregunta sobre la presunción, bajo qué condiciones ella puede ser excluida. Esta garantía implica que sólo puede destruirse el estatus de no-culpable del imputado a través de una sentencia condenatoria⁹⁵. Valenzuela explica que la propia presunción de inocencia tiene una clara función probatoria en toda vez que tal como el resto de las presunciones en el derecho, invierte la carga de la prueba, es decir, “pone de cargo de una de las partes la necesidad de ‘destruir’ el estado de cosas en que la presunción pone a los hechos”⁹⁶. Por su parte, la regla que fija el estándar probatorio especifica bajo qué condiciones esta sentencia puede destruir el estatus de no-culpable. Agrega Valenzuela que “tan solo un estándar entendido como una herramienta de distribución de errores que sea intersubjetivamente controlable puede dar verdadero sentido a la presunción de inocencia en tanto garantía en el contexto probatorio”⁹⁷. En definitiva, la valoración asimétrica del riesgo de terminar un proceso con un resultado materialmente erróneo, fundamentada en el principio de culpabilidad, se expresa de modo interconectado en estos tres asuntos: el estándar de prueba, el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia.

II.2.4. Comparación de los estándares de prueba en materia penal y civil

Cabe preguntarse por el estándar de prueba que se usa en materia civil y en materia penal. Ya estudiamos que, para el segundo, en Chile se utiliza el estándar de “más allá de toda duda razonable”, lo que está establecido en el propio Código Procesal Penal. En cambio, en materia civil no existe un estándar establecido en la ley para guiar al juez en los casos en que tiene que valorar libremente alguna acción probatoria. En derecho comparado, suele usarse el estándar de “probabilidad prevaleciente” consistente en términos numéricos, a que la probabilidad sea

⁹⁵ FERRER (2012) pp. 4 ss.

⁹⁶ VALENZUELA (2017), p. 89.

⁹⁷ *Ibíd.* p. 95.

mayor a 0,5⁹⁸. Este estándar, a diferencia del estándar en materia penal, otorga una distribución igualitaria de los riesgos de error: resulta igualmente probable acabar un proceso con un falso positivo que con un falso negativo⁹⁹.

Entonces, en materia civil nos encontramos ante un esquema de valoración simétrica del riesgo de injusticia de la decisión final de un proceso, injusticia que puede con la misma probabilidad consistir en rechazar incorrectamente la pretensión o en acogerla incorrectamente. Hay entonces un evidente contraste entre lo que ocurre en materia civil y lo que ocurre en materia penal, donde el riesgo de acaecimiento de un resultado sustantivamente injusto es asimétrico, siendo más probable encontrarnos con un falso positivo que con un falso negativo, debido al estándar allí utilizado: “más allá de toda duda razonable”.

Esta asimetría no sólo tiene expresión en el estándar probatorio, sino que también en la regulación del mecanismo de revisión de sentencias sustantivamente injustas. El artículo 810 del Código de Procedimiento Civil estipula las causales para la anulación de sentencias firmes, de modo que no distingue entre aquellas sentencias que favorecieron al demandante de aquellas que favorecieron al demandado. Por su parte, El Código Procesal Penal resuelve el asunto de modo opuesto, asimétrico: sólo opera la acción de revisión en el caso de la condena de inocentes, asunto que será estudiado en la parte final del presente capítulo.

II.2.5. Examen de otros sistemas jurídicos: casos en que el mecanismo de revisión (o su equivalente) funcionan de manera bilateral

Ya tenemos claro que bajo el derecho procesal penal chileno no existe simetría en materia de valoración del riesgo de error de falsos positivos y falsos negativos, lo que se expresa en distintos aspectos de la regulación procesal penal. El que resulta más evidente es la regulación de la acción de revisión, que en Chile es unidimensional: sólo opera para sentencias erróneamente condenatorias. Esto no es idéntico en otros países que tienen sistemas jurídicos similares al nuestro. Por una parte, existen regulaciones que contienen una operatividad dual

⁹⁸ Véase en LARROUCAU (2012), pp. 784 ss.

⁹⁹ Se entienden aquí los falsos positivos como aquellos casos en los que se acepta la pretensión del demandante cuando no corresponde mientras que los falsos negativos como aquellos casos en los que no se da lugar a la pretensión cuando sí procedía.

de la revisión, es decir, se pueden revisar tanto sentencias condenatorias como sentencias absolutorias. Ejemplo de esto es lo que ocurre en Alemania, cuya Ordenanza Procesal Penal regula en su parágrafo 362 una acción de revisión que permite impugnar tanto sentencias condenatorias como sentencias absolutorias. Es decir, procede tanto en la lógica *pro reo*, como en la lógica *contra reo*, en la que la revisión puede ser desfavorable a la persona acusada. Lo mismo ocurre en el derecho austriaco cuyo Código Procesal Penal establece una regulación equivalente en su parágrafo 87. Por su parte, el parlamento británico aprobó en 2003 la *Criminal Justice Act* que en sus artículos 75 a 84 admite una excepción al *ne bis in idem* permitiendo un nuevo enjuiciamiento de absueltos por ciertos crímenes de sangre, secuestro, violación, drogas e incendio cuando aparece nueva y convincente prueba en su contra¹⁰⁰. Cabe decir que el hecho de que estos sistemas adopten una solución dual no implica que exista una total simetría en la valoración del riesgo de error, sino que hay otros mecanismos que siguen amparando el principio de culpabilidad y siguen la lógica de la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Es más, en algunos casos, los requisitos de procedencia de la revisión *pro reo* son menos intensos o las causales de procedencia más amplias que los requisitos y causales para la revisión *contra reo*. Lo que sucede más bien, es que en Chile hay una preocupación exacerbada por la asimetría en esta materia.

Por otra parte, en España, los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen un sistema equivalente al chileno, en el que sólo procede la revisión *pro reo*. En Italia tampoco existe un sistema de revisión dual, se trata de un medio de impugnación extraordinario que sólo opera a favor de personas injustamente condenadas, asunto regulado en el artículo 630 del Código Procesal Penal italiano. Cabe decir que el alcance del funcionamiento de los mecanismos de revisión de sentencias condenatorias injustas varía notablemente de país en país debido al tipo de causales contempladas. Por ejemplo, el Código Procesal Penal argentino establece en su artículo 479 n°5 que se aplica la revisión en los casos de retroactividad favorable al imputado¹⁰¹, lo que, comparado con Chile, permite un alcance bastante mayor de la aplicación de esta institución. Como se verá más adelante, el CPP chileno

¹⁰⁰ Véase MORGENSTERN (2015), p. 70 y ASWORTH y PLAYER (2005).

¹⁰¹ Artículo 479 n°5 CPP argentino: “El recurso de revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes cuando: (...) 5°) Corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia”.

establece hipótesis muy restringidas para su procedencia, sumado a una interpretación estricta y formalista de ellas¹⁰².

II.3. Operatividad de la acción de revisión

Una de las principales expresiones de la adopción legislativa del principio de valoración asimétrica del riesgo de injusticia del resultado del proceso penal es la existencia de la acción de revisión, por lo que es pertinente estudiar su regulación. La acción de revisión es aquella “que tiene por objeto invalidar sentencias firmes ejecutoriadas que han sido ganadas fraudulentamente o injustamente en los casos expresamente señalados por la ley”¹⁰³. Se encuentra regulada en el Título VIII del Libro IV del Código Procesal Penal, siendo el artículo 473¹⁰⁴ el que fija los cinco supuestos bajo los que se vuelve procedente la acción. De las cinco causales, sólo la letra e) constituye una innovación del CPP, ya que las cuatro primeras estaban contempladas, en los mismos términos, en el artículo 657 del antiguo Código de Procedimiento Penal¹⁰⁵. Se trata de un régimen de causales de derecho estricto¹⁰⁶. Si bien suele estudiarse dentro de los recursos procesales, no se trata de un recurso, sino de una acción, “puesto que no concurre en ella el requisito básico de todo recurso, consistente en su interposición contra resoluciones que no se encuentran firmes o ejecutoriadas”¹⁰⁷.

¹⁰² Véase en DUCE (2015), p. 164.

¹⁰³ MATURANA y MOSQUERA (2017), p. 631

¹⁰⁴ Artículo 473 CPP: “*La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos:*

a) Cuando, en virtud de sentencias contradictorias, estuvieren sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no hubiere podido ser cometido más que por una sola;

b) Cuando alguno estuviere sufriendo condena como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena;

c) Cuando alguno estuviere sufriendo condena en virtud de sentencia fundada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dicho documento o dicho testimonio hubiere sido declarado falso por sentencia firme en causa criminal;

d) Cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado, y

e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme.”

¹⁰⁵ HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 453.

¹⁰⁶ Véase MERY (2012), pp. 218 ss.

¹⁰⁷ MATURANA y MOSQUERA (2017), p. 632.

No existe plazo para interponer esta acción, lo cual la convierte en imprescriptible. Por lo tanto, la sentencia en cuestión puede no haberse ejecutado aún, estarse ejecutando o ya haber sido ejecutada por completo. Para efectos de este trabajo, se considerará como apropiada la definición de esta acción dada por Mañalich, según quien se trata de “mecanismo procesal de desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de sentencias condenatorias cuya injusticia, entendida como una falta de satisfacción de condiciones de adecuación jurídica de la respectiva decisión condenatoria, logra ser sobrevinientemente detectada”¹⁰⁸. Esto implica adoptar una perspectiva según la cual esta acción permite “pasar por encima” de la cosa juzgada de la sentencia, una vez que se detecta una injusticia ya concluido el proceso.

Estamos entonces frente a una preocupación asimétrica sobre la posibilidad de que haya llegado a adquirir fuerza de cosa juzgada una sentencia injusta en lo sustantivo. Lo intolerable para el sistema queda sólo dado por casos de condenas injustas, dado que la acción aquí estudiada sólo es aplicable a este tipo de sentencias, falsos positivos, sin que exista un mecanismo equivalente para las sentencias de absoluciones erróneas, es decir, para los falsos negativos. Las causales consideradas en esta acción se consideran de tal gravedad por parte de nuestro sistema procesal penal que se torna jurídicamente insoportable que la sentencia llegue a ser ejecutada o siga siendo ejecutada¹⁰⁹.

Como se verá en este apartado, el artículo 473 contempla dos tipos de causales, unas relativas a estándares de justicia procedimental y otras relativas a estándares de justicia sustantiva. Esto último implica que puede ocurrir que, habiéndose seguido todas las reglas procedimentales, el resultado obtenido a través de la sentencia sea sustantivamente injusto. Esto es justamente de lo que hablábamos al referirnos a la visión rawlsiana de justicia procedimental imperfecta. Esto nos lleva a concluir que, tal como plantea Mañalich, “la injusticia sustantiva exhibida por una sentencia condenatoria no resulta compensable por la satisfacción de cualesquiera estándares de corrección procedimental”¹¹⁰.

¹⁰⁸ MAÑALICH (2020a), p. 30.

¹⁰⁹ Véase en MAÑALICH (2020a), p. 31.

¹¹⁰ MAÑALICH (2020a), p. 36.

Para los profesores Fernández y Olavarría, lo que diferencia fundamentalmente esta acción de otras formas de impugnación de resoluciones judiciales en materia penal, consiste en su finalidad dirigida a hacer primar la justicia en detrimento de la seguridad jurídica¹¹¹. Si llevamos esta afirmación al terreno de las tres funciones del derecho procesal estudiadas a partir de la clasificación de Kindhäuser, nos encontramos frente a un mecanismo que favorece la función de verdad, por sobre la función de certeza jurídica.

Conforme al artículo 478 CPP¹¹², la Corte Suprema tiene tres alternativas frente a la interposición de una revisión: (a) rechazarla, (b) acogerla y (c) acogerla y dictar sentencia de replazo. Si bien tanto en (b) como en (c) se declara la nulidad de la sentencia, en el caso de (b), no se logra acreditar fehacientemente la inocencia del condenado, mientras que en (c) sí se logra alcanzar este umbral por lo que se decreta sin previa vista una sentencia absolutoria de replazo de forma inmediata. La Corte debe entonces diferenciar entre aquellos casos en que la ocurrencia de determinados hechos es tan evidente que permite la dictación inmediata de una nueva sentencia, mientras que, cuando no lo es, le deja al Ministerio Público la tarea de decidir si dar inicio a un nuevo juicio o no. Esta valoración que debe hacer la Corte resulta problemática toda vez que debe valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sin poder usar criterios de valoración del sistema de prueba tasada, siendo que el máximo tribunal no está conociendo la prueba del modo que se hace en un juicio oral, sino que está conociendo aquella prueba de un proceso que está ya finalizado¹¹³. Cabe agregar que el artículo 476 excluye la prueba testimonial para probar los hechos en los que se funda la acción de revisión, asunto que no es tampoco pacífico a la luz de los principios asociados al debido proceso y al sistema de libertad de prueba establecido en el Código Procesal Penal.

¹¹¹ FERNANDEZ y OLAVARRÍA (2009), p. 216.

¹¹² Artículo 478 CPP: *La resolución de la Corte Suprema que acogiere la solicitud de revisión declarará la nulidad de la sentencia. Si de los antecedentes resultare fehacientemente acreditada la inocencia del condenado, el tribunal además dictará, acto seguido y sin nueva vista pero separadamente, la sentencia de reemplazo que corresponda. Asimismo, cuando hubiere mérito para ello y así lo hubiere recabado quien hubiere solicitado la revisión, la Corte podrá pronunciarse de inmediato sobre la procedencia de la indemnización a que se refiere el artículo 19, N° 7, letra i), de la Constitución Política.*

¹¹³ Véase en FERNANDEZ y OLAVARRÍA (2009), pp. 236 ss.

Dicho esto, resulta controvertido afirmar que el único fundamento de nuestra acción de revisión es la búsqueda de la materialización de la función de verdad del proceso penal, sobre todo si nos fijamos en las tres causales que no presuponen la falsedad de la premisa fáctica de la sentencia revisada. Más bien, se busca la custodia de la racionalidad del derecho a castigar penalmente¹¹⁴, dado que existe la posibilidad de iniciar una nueva persecución si así lo estima conveniente el Ministerio Público; segundo proceso que puede nuevamente terminar en una sentencia condenatoria. Si la función de verdad fuera la única que fundamentara esta institución, se incluiría también la revisión de condenas por faltas y de condenas en que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal fueron incorrectamente aplicadas.

II.3.1. Distinción en causales de injusticia procedimental e injusticia sustantiva

Las causales de procedencia de la acción de revisión pueden ser divididas en dos grandes categorías: aquellas que se refieren a problemas procedimentales y aquellas que corresponden a problemas sustantivos. En la primera categoría, lo que ocurre es que se vulnera algún estándar procedimental cuya observancia, según Mañalich, debería incrementar la probabilidad de que se vea satisfecho el criterio sustantivo de justicia, con independencia de que esto último tenga o no lugar. A saber, la vulneración del estándar procedimental resulta lo suficientemente indicativo del riesgo de que la condena sea sustantivamente injusta, sin que sea necesario comprobar aquello. Por el contrario, tratándose de la segunda categoría, lo que preocupa es la falta de satisfacción del principio de culpabilidad en cuanto criterio sustantivo de justicia del resultado del proceso¹¹⁵. Entonces, las cinco causales del artículo 473 CPP pueden ser divididas en dos grandes categorías: las que impugnan condenas procedimentalmente injustas y las que lo hacen con condenas sustantivamente injustas. Luego, dentro de estas dos grandes categorías es posible subdistinguir entre distintas consideraciones, asunto que no resulta particularmente relevante para esta investigación.

Mañalich grafica la taxonomía de las causales del siguiente modo:

¹¹⁴ Véase en en FERNANDEZ y OLAVARRÍA (2018), p. 1203.

¹¹⁵ Véase en MAÑALICH (2020a), pp. 37 ss.

Forma de injusticia	Fundamento según estándar quebrantado	Fundamento según fisonomía de causal	Líteral del art. 473
Injusticia sustantiva	Falsedad de premisa fáctica de sentencia condenatoria	Inocencia lógicamente inferida	b)
		Inocencia positivamente demostrada	d)
Injusticia procedimental	Inconsistencia sistémica de sentencias condenatorias	Inadmisibilidad relacional de condena bajo <i>in dubio pro reo</i>	a)
	Condicionamiento delictivo de sentencia condenatoria	Condicionamiento delictivo de formación de premisa fáctica	c)
		Condicionamiento delictivo de decisión de condena	e)

Sin embargo, resulta interesante notar que las causales sustantivas, es decir, las de las letras b) y d) tienen una relación de género-especie. La letra d) se refiere de forma genérica al acaecimiento de algún hecho o a la aparición de algún documento que baste para establecer la inocencia del condenado, mientras que la letra b) se refiere al caso específico de la aparición de antecedentes que acrediten que la víctima del homicidio esté viva. Ambas exigen la comprobación de la falta de culpabilidad del condenado, es decir, de una hipótesis absolutoria. Si bien se suele caracterizar la acción de revisión como una acción de carácter estricto, que tiene causales taxativas, la letra d) plantea una multiplicidad de supuestos que desafía la idea de que la revisión como un mecanismo de concurrencia particularmente excepcional¹¹⁶. Resulta también llamativo que la literalidad de la causal d) se refiera a “establecer la inocencia” del condenado, pues resultaría incompatible con el artículo 478 que diferencia entre las absoluciones que sólo acarrearán anular la sentencia y aquellas absoluciones en las que se anula y se dicta inmediatamente sentencia de remplazo, al encontrarse fehacientemente acreditada la inocencia.

Es también interesante analizar con qué estándar debe valorar la Corte la prueba aportada para comprobar la hipótesis absolutoria en cuestión. No parece ser conveniente usar aquí el estándar de “más allá de toda duda razonable” del artículo 340 CPP, pues justamente lo que este estándar envuelve es la aplicación del principio de valoración asimétrica, buscando evitar la condena de inocente más que la absolución de culpables, y esto no resulta pertinente a la hora de hacer el ejercicio contrario, es decir de absolver a quien fuera injustamente

¹¹⁶ Véase en FERNANDEZ y OLAVARRÍA (2009), pp. 252 ss.

declarado culpable. Es por eso que conviene aplicar el estándar de preponderancia de evidencia¹¹⁷.

Por su parte, las tres “causales procedimentales” se fundan en algún acontecimiento en el desarrollo del proceso o en el pronunciamiento de la sentencia que expresa una injusticia procedimental manifiesta, sin que sea necesario detectar un déficit de justicia sustantiva. Es decir, no es necesario plantear una hipótesis absolutoria. La cosa juzgada aquí no puede ser sostenida, pues resulta jurídicamente insoportable la constatación de alguna falla de procedimiento que quepa dentro de las causales de las letras a), c) o e). El estándar de corrección procedimental quebrantado en cada una de ellas eleva intolerablemente el riesgo de que el proceso termine en una decisión sustantivamente injusta –sin que esto último tenga que ser probado-.

Recordemos que en este trabajo se asume que la configuración del proceso penal está orientada a minimizar los riesgos de terminar con una decisión sustantivamente injusta, en definitiva, de minimizar los errores procesales. Tratándose de condenas de inocentes, podemos constatar que el resultado injusto puede alcanzarse por motivos tanto de infracción de las normas procedimentales o por fallas epistémicas de los jueces así como también por errores “fortuitos” (epistémicamente azarosos), es decir, sin que se quebrante norma procedimental alguna, el tribunal termina condenando a un inocente. Nos encontramos nuevamente con la suerte procesal: es imposible tener pleno control sobre el resultado del proceso, tanto por la imposibilidad de garantizar el apego irrestricto a las normas procedimentales como por motivos que van más allá del apego a estas normas. La suerte procesal puede comprenderse de dos formas. En un sentido amplio, la suerte procesal implica que, desde la perspectiva del sujeto procesal o justiciable, pueden incidir cualesquiera factores fuera de su control en el desenlace del proceso. En cambio, en un sentido estricto, la suerte procesal se refiere a la incidencia de factores no susceptibles de ser neutralizados por el diseño del procedimiento en el resultado del proceso.

Entonces, si pensamos en maneras de intentar disminuir la incidencia del azar procesal hay que distinguir entre dos modos distintos. La *suerte procesal en sentido amplio* puede ser

¹¹⁷ Véase en MAÑALICH (2020a), p. 45.

mitigada desde la perspectiva del diseño de las normas procedimentales mientras que la *suerte procesal en sentido estricto* necesita de medidas extra-procesales para ser disminuida o corregida. Es posible –y necesario- pensar en mecanismos que ayuden a neutralizar la mala suerte procesal en el desarrollo mismo del proceso. Respecto de la *mala suerte procesal amplia* esto puede hacerse, por ejemplo, a través del mejoramiento de las reglas probatorias del proceso penal. En cambio, tratándose de la *mala suerte procesal estricta*, resulta difícil pensar en mecanismos normativos al interior del proceso para poder neutralizarla. Más bien, para este segundo tipo de suerte, resultan útiles mecanismos posteriores al proceso, que vengán a corregir, de modo posterior, los “estragos” que puede haber causado la incidencia de la *mala suerte procesal*. En este sentido, la acción de revisión funciona como un mecanismo posterior al proceso que permite que, una vez finalizado el proceso en cuestión, se pueda corregir una injusticia en el resultado -ya sea procesal o sustantiva-. Se trata entonces de un mecanismo que permite palear los efectos de la *mala suerte procesal*, de modo que, una vez que esta se haya presentado en un proceso, el resultado del mismo pueda ser derrotado posteriormente.

II.3.2. La acción de revisión en la jurisprudencia

Una vez analizada la forma en la que el Código Procesal Penal consagra la acción de revisión, resulta pertinente preguntarse cómo ha sido esta acción aplicada en los hechos en nuestro país. Para responder este aspecto, me basaré en dos investigaciones realizadas por los profesores Fernández y Olavarría¹¹⁸. Un primer asunto relevante es que las únicas acciones de revisión que han sido acogidas por la Corte Suprema han sido solicitadas por la letra d) del artículo 473 CPP. Además, en todos estos casos, a excepción de uno¹¹⁹, se hizo valer prueba “fehacientemente” suficiente para concluir la inocencia del condenado, de modo que siempre se dictó la correspondiente sentencia de replazo, de acuerdo al artículo 478 CPP. Por tanto, la Corte ha considerado que, si no se cumple con el estándar recién nombrado, la acción de revisión debe ser rechazada. Un segundo asunto relevante para estos profesores consiste en la

¹¹⁸ Se trata de FERNANDEZ y OLAVARRÍA (2009) y de FERNANDEZ y OLAVARRÍA (2018). El primer trabajo estudia todas las acciones falladas entre el 2 de enero del 2007 y el 30 de abril del 2009 mientras que el segundo trabajo amplía el análisis hasta el 2017.

¹¹⁹ Corte Suprema. Rol N°5031-07

preocupación por la aplicación del inciso 3° del artículo 475 CPP¹²⁰, dado que acarrea una decisión carente de fundamentación por parte de la Corte, sin poder saber cuál fue el motivo para rechazar de plano la acción en cuestión. Existe la sospecha de un uso excesivo de esta institución. Estos dos problemas indican que, contrario al espíritu de esta acción, la revisión no asegura la mejora de la posición de las personas erróneamente condenadas. Se suma a esto que la Corte no ha sido constante con los criterios e interpretaciones que ha dado a las normas que regulan la acción.

Cabe ahora preguntarse por qué se justifica tener una acción de revisión en nuestro país, y por qué los números de casos en que esta acción es intentada y acogida son tan altos. Pareciera ser que estamos en un sistema procesal penal en el que se termina demasiadas veces con condenas injustas¹²¹. Para Mauricio Duce, los principales problemas del proceso penal que llevan a esta realidad, dicen relación con diversos aspectos, a saber: problemas en la identificación (ocular) de imputados; uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad; uso de confesiones falsas; uso de testigos mentirosos o poco confiables (y problemas para la valoración de la credibilidad de los testigos); visión de túnel y mal trabajo de las agencias de persecución penal y; representación legal defectuosa¹²². Se trata de errores de los jueces, pero no sólo de ellos, sino que también de las policías y sus prácticas, los fiscales y los defensores. Mauricio Duce plantea que esta problemática dice relación con una excesiva pretensión adversarial en el juicio oral, donde se asume ingenuamente que existe igualdad entre las partes, en circunstancias en que los imputados se encuentran en una clara desventaja. Este asunto se ve agravado por la búsqueda en la práctica tanto de fiscales como de defensores de terminar rápidamente las causas, más que de buscar un resultado genuinamente justo, sumado

¹²⁰ Artículo 475 CPP, inciso 3°: *La solicitud que no se conformare a estas prescripciones o que adolezca de manifiesta falta de fundamento será rechazada de plano, decisión que deberá tomarse por la unanimidad del tribunal.*

¹²¹ Entre 2007 y 2017 se presentaron 550 acciones de revisión y fueron acogidas 53, lo que da un 9,6% de acciones acogidas. Este número sobrepasa con creces el 4,5% que existe en otros países. Resulta particularmente problemático notar que, de las 53 acciones estudiadas, 42 de ellas corresponden a casos de suplantaciones de identidad, error procedimental básico que demuestra lo poco riguroso de los sistemas de identificación chilenos a nivel investigativo e institucional. Al respecto, véase FERNANDEZ y OLAVARRÍA (2018), p. 1213.

¹²² Véase en DUCE (2013), pp. 91 ss. Un diagnóstico similar hace Ignacio Castillo en CASTILLO (2013), pp. 258 ss.

a la extrema pasividad de los tribunales, amparados en una mala comprensión de su “imparcialidad judicial¹²³”.

II.3.3. La comprobación de la inocencia como fundamento del desconocimiento de la cosa juzgada

En apartados anteriores se estudió que el principio de *ne bis in ídem* opera como mecanismo de clausura del proceso penal, en tanto se prohíbe el juzgamiento múltiple por un mismo hecho –en sentido extensional-. Por lo tanto, la acción de revisión se presenta como una excepción a este principio, justificada en lo insostenible que resulta para la sociedad condenar personas inocentes y las fallas procedimentales presentes en los juicios criminales¹²⁴. Acoger una acción de revisión implica suprimir la fuerza de cosa juzgada de una sentencia, abriendo una nueva oportunidad para alcanzar la verdad sobre lo ocurrido –ya sea mediante la dictación de una sentencia de remplazo o mediante la anulación y posible nueva investigación a cargo del Ministerio Público- y así obtener un resultado sustantivamente justo. Una vez fallada la acción, si no se dicta una sentencia de remplazo, no opera la cosa juzgada, toda vez que el ex-condenado no tiene el estatus de persona condenada, absuelta o sobreeséida definitivamente por sentencia ejecutoriada, tal como lo exige el artículo 1º del CPP para que se pueda oponer una excepción de cosa juzgada. Vemos entonces, que a través del ejercicio de acción de revisión puede realmente desconocerse la fuerza de cosa juzgada de la sentencia respectiva, lo que trae aparejado como consecuencia que el principio de *ne bis in ídem* resulta derrotado en cuanto estándar de clausura del proceso penal en este caso. Otra institución que sí funciona aquí como mecanismo de clausura penal es la prescripción de la acción penal¹²⁵.

Recordemos que la supresión de la fuerza de cosa juzgada por vía de revisión sólo puede hacerse tratándose de la condena de inocentes (o de personas que efectivamente eran

¹²³ Véase en CASTILLO (2013), p. 306.

¹²⁴ Cabe señalar al respecto que la sociedad acepta sin mayores problemas que existan en distintos ordenamientos jurídicos las sentencias condenatorias de conformidad o *guilty plea*, consistentes en la condena del acusado no por la plena convicción de su culpabilidad por parte del tribunal, sino porque el acusado manifestó expresamente estar de acuerdo con la acusación. Al respecto véase LASCURAÍN y GASCÓN (2018).

¹²⁵ Véase en MAÑALICH (2020a), p. 51.

culpables pero cuya condena fue producto de procedimientos defectuosos) y no de la absolución de culpables, expresión de la valoración asimétrica que hace nuestro ordenamiento jurídico del riesgo de obtener resultados sustantivamente injustos en materia penal. Cabe preguntarse aquí por qué es tan relevante proteger la inocencia de una persona. Para entender la institución de la inocencia, es pertinente hacer referencia a la distinción que hace Castillo entre *f-inocente* y *n-inocente*¹²⁶. El primero corresponde a las personas fácticamente inocentes, que no han cometido el delito que se les imputa, mientras que el segundo corresponde a personas normativamente inocentes que, si bien sí cometieron el delito en cuestión, son declarados inocentes por razones normativas. Esta concepción es próxima a la diferenciación que hace Laudan entre inocencia material e inocencia probatoria¹²⁷.

Resulta interesante notar que, dado que el artículo 473 CPP admite hipótesis tanto de injusticia sustantiva como de injusticia procedimental, la protección contemplada es tanto de *f-inocentes* como de *n-inocentes*. Esto implica que, si bien durante este trabajo se ha afirmado que la acción de revisión se preocupa de revisar sentencias condenatorias materialmente injustas, también cubre aquellos casos en los que existe la posibilidad de que el condenado de hecho sí haya cometido el hecho punible en cuestión pero que durante el proceso no fue alcanzado el estándar de prueba suficiente como para declararlo culpable. Esto porque las causales basadas en un déficit de justicia procedimental están justificadas en que el error procedimental es de tal magnitud que la sospecha de la inocencia del condenado es demasiado alta, pero sin que de hecho la inocencia material llegue a comprobarse¹²⁸.

Otro asunto relevante relativo a la inocencia es que el artículo 474 del CPP permita al Ministerio Público ejercer la acción de revisión¹²⁹. La persecución penal pública, está sujeta conforme al artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, al principio de objetividad. Este principio no sólo se preocupa de la existencia de hechos punibles y la participación de los individuos en ellos, sino que también de la comprobación de hechos que acrediten la inocencia del imputado. Esto dice relación con que el Estado sólo puede ejercer su

¹²⁶ Véase CASTILLO (2013), pp. 252 ss.

¹²⁷ Véase LAUDAN (2005), pp. 333 ss.

¹²⁸ Véase VALENZUELA (2013), pp. 21 ss.

¹²⁹ Véase MAÑALICH (2020a), p. 41.

poder punitivo allí donde realmente hay una persona culpable y, por lo tanto, debe velar cuidadosamente por no castigar a quien no es culpable.

La acción de revisión opera como un modo de corregir injusticias sustantivas o procedimentales de los procesos. Es decir, es una herramienta fundamental para la neutralización de la suerte procesal. Si bien temporalmente su aplicación es posterior a la finalización del proceso, es una herramienta que permite no perpetrar en el tiempo un proceso en el que la *mala suerte procesal* fue determinante. En este sentido, se trata de un modo de intentar neutralizar las consecuencias de la incidencia de la *mala suerte procesal*. Cabe aquí diferenciar la manera en que la suerte procesal aparece tratándose de causales de procedencia de la acción de revisión basadas en problemas de justicia procedimental, de la manera en que lo hace tratándose de causales basadas en problemas de justicia sustantiva. En el caso de las primeras causales, los factores azarosos pueden ser relevantemente morigerados si se configuran de mejor forma las normas procesales referidas a, por ejemplo, la rendición y valoración de la prueba, y si dichas normas son aplicadas y cumplidas con rigurosidad por parte de los distintos actores del proceso. De este modo podría disminuirse considerablemente la probabilidad de ocurrencia de este tipo de errores. Se trata aquí de la incidencia de la *suerte procesal* en su sentido amplio. En cambio, tratándose de las causales sustantivas hay un problema de diseño que es más amplio, muchas veces anterior a las normas procedimentales específicas, lo que asociamos a la *suerte procesal* en su sentido estricto. Es, en mi opinión, para este segundo tipo de causales que resulta pertinente la existencia de la acción de revisión como mecanismo para neutralizar la incidencia de factores azarosos, que se encuentran fuera del control de quien se somete a un juicio penal.

II.3.4. Absolución de culpables y condenas erróneamente favorables: razones para una revisión de sentencias contra reo.

A lo largo de este capítulo, se ha estudiado la materialización de la valoración asimétrica del riesgo de obtención de resultados penales injustos, y también el fundamento de aquello, basado principalmente en el principio de culpabilidad en cuanto criterio sustantivo de justicia y sus derivados, como la presunción de inocencia, el estándar de más allá de toda duda razonable, el principio *in dubio pro reo*, entre otros. Pero el hecho de que la valoración

asimétrica esté bien fundada, ¿implica necesariamente que la absolución de culpables materiales sea un asunto irrelevante? En mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. La injusticia de una absolución materialmente incorrecta es, a mi parecer, sumamente grave, aun cuando no se trate de una violación al principio de culpabilidad. Además, si bien no hay una verdadera violación al principio, sí representa una desviación, dado el estándar bivalente y bilateral que se la ha atribuido para efectos de este trabajo. En Chile tenemos aún una gran deuda en materia de tratamiento judicial del terrorismo de Estado ocurrido durante la dictadura cívico-militar. Más allá de la impunidad política y del procesamiento institucional general de las violaciones a los derechos humanos, el sistema judicial chileno no ha logrado dar una respuesta satisfactoria a la enorme cantidad de absoluciones de agentes del Estado que cometieron delitos de lesa humanidad. Este asunto será explorado en el próximo capítulo.

CAPÍTULO III:

Revisión contra-reo: Absolución de culpables, sobreseimientos injustos y condenas erróneamente favorables

III.1. Impugnación de sentencias en la lógica contra-reo

Como se ha planteado en este trabajo anteriormente, del hecho que la valoración del riesgo de resultados sustantivamente injustos en el proceso penal sea asimétrica –y que lo sea por buenos motivos-, no se sigue que la absolución de culpables no deba preocuparnos en lo absoluto. Lo mismo ocurre con los casos de sobreseimientos injustos, pues ambos supuestos caben dentro de la categoría ya estudiada de los “falsos negativos”. Se suma a estos dos tipos de casos, las condenas erróneamente favorables, es decir, aquellas en que la pena resulta menos gravosa de lo que correctamente debiera haber sido impuesta.

En contraposición a esta valoración asimétrica, en la que sólo son procedentes las revisiones en lógica pro-reo, en mi opinión sí, las revisiones en lógica contra-reo debiese ser un tema sobre el que debiésemos preocuparnos –y ocuparnos-. De este modo, debiese haber una configuración institucional del proceso penal que incorpore mecanismos más efectivos para hacer frente a este fenómeno.

III.1.1. Operatividad en derecho comparado de la revisión *contra reo*

No todos los países tienen mecanismos de revisión que permiten pasar por encima de la fuerza de cosa juzgada de una sentencia firme de carácter unilateral o unidimensional–como el nuestro-. Existen ordenamientos jurídicos que tienen acciones de revisión que operan de modo bilateral o dual, es decir, que también permiten la revisión en lógica contra-reo, tal como fue descrito en *supra* II.2.5. Este es el caso de Alemania, Austria y Gran Bretaña, entre otros. Nosotros vivimos bajo un ordenamiento jurídico que, al igual que la mayoría de los sistemas legales latinoamericanos y europeos, considera que no es suficientemente problemática una absolución errónea como para hacer posible su revisión. Esto por el apego irrestricto al

principio de culpabilidad, como principio rector del Estado de Derecho y base del *ius puniendi* estatal, y sus múltiples traducciones en la estructura procesal penal. Se plantea en este trabajo que la posibilidad de revisar absoluciones sustantivamente injustas no tiene por qué suponer un menoscabo del principio de culpabilidad. Morgenstern irónicamente plantea al respecto que “los ingleses no barrieron con setecientos años de una libertad individual del *common law*, sino que recalibraron el equilibrio normativo de los valores claves del sistema penal tras identificar una inquietud válida y relevante”¹³⁰.

El conflicto está dado, desde un punto de vista político, según este autor, por la contraposición de intereses que se presenta en el contenido de la regulación del procedimiento penal: el interés individual por la libertad, y el interés social en la persecución penal. Esto podría ser reconducible al conflicto ya explicado entre las distintas funciones del derecho procesal penal. La de justicia formal y la de certeza jurídica están relacionadas a la protección del interés individual, mientras que la función de verdad es la que subyace al interés social en la persecución penal. Morgenstern explica que “ante la complejidad de las reglas del procedimiento penal y la inevitabilidad del error judicial, el sistema de justicia penal no puede permitirse insular los errores solamente porque favorecen al acusado”¹³¹. La idea consiste en que, tal como en la metodología científica, “en el Derecho penal hay potenciales mecanismos de autocorrección y superación de los errores, favorezcan o no al acusado”¹³². La regla de clausura dada por el *ne bis in idem*, que se traduce en la fuerza de cosa juzgada de las sentencias definitivas o de término, resulta en este caso inaceptable a la luz de uno de los principios que fundan el proceso penal, esto es, la búsqueda de la verdad material. Se enfrentan entonces el principio del *ne bis in idem* y la búsqueda de verdad material, debiendo ser, en la perspectiva adoptada en este trabajo, preferido lo segundo. Plantea el autor en cuestión, sobre este conflicto, que “seguir una regla puede requerir ignorarla en el caso puntual y decidir de acuerdo con una excepción en vez de la regla general aplicable, lo cual no es necesariamente un rechazo de la regla, sino que refleja el reconocimiento del peso superior o la importancia mayor de una regla o principio”. El asunto entonces queda explicado del siguiente modo: cuando decidimos pasar por encima de la fuerza de cosa juzgada de una

¹³⁰ MORGENSTERN (2015), p. 70.

¹³¹ MORGENSTERN (2015), p. 72.

¹³² *Ibíd.*

sentencia absolutoria injusta –aunque lo mismo ocurre tratándose de sentencias condenatorias injustas- no estamos desconociendo el valor del principio del *ne bis in idem*, sino que adoptamos un mecanismo de excepción a la regla justificado en la materialización de un principio que consideramos de mayor valor en este tipo de situaciones, correspondiente a la búsqueda de verdad en el proceso penal, del modo en el que será explicado más adelante.

La preocupación suscitada por este asunto no viene dada por un simple capricho, sino que se relaciona íntimamente con el problema de la así llamada *justicia transicional* chilena. Tal como fue introducido previamente, el asunto del tratamiento judicial del terrorismo de Estado ocurrido durante la dictadura cívico-militar transcurrida entre 1973 y 1990 tiene relación con la absolución de culpables. En este capítulo se ahondará en esta materia, analizando cómo es posible que hasta el día de hoy contamos con un número considerablemente alto tanto de absoluciones injustas de agentes de la dictadura que cometieron delitos de lesa humanidad, así como con sobreseimientos definitivos que, si bien tienen el estatus procesal de absoluciones, tiene el mismo efecto que ellas, desde una perspectiva de la búsqueda de la justicia material. Esto ha ocurrido principalmente por la aplicación del Decreto Ley N°2.191 del 19 de abril de 1978, más conocido como Decreto Ley de amnistía, que libera de responsabilidad jurídico penal, bajo ciertos supuestos, a criminales que hubieran cometido ilícitos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, así como por el uso de otras herramientas jurídicas que han perpetuado la sensación de impunidad ante estos crímenes, que serán abordadas en este trabajo.

III.1.2. Terrorismo de Estado

La reconciliación de la sociedad chilena con su pasado reciente resulta un horizonte aún muy lejano y, para muchos, algo inalcanzable. En los siguientes apartados se intenta dilucidar, de forma muy sucinta, el motivo de esta situación y describir los avances y retrocesos que han existido al respecto en la esfera jurídica. A modo introductorio cabe indicar que existen dos grandes vías hacia la reconciliación: la vía política y la vía jurídica. Estos dos caminos resultan para algunos incompatibles entre ellos, y para otros, se trata de estrategias complementarias. En mi perspectiva, se trata de dos métodos irrenunciables que deben ser ampliamente fortalecidas en nuestro país, por los argumentos que se esgrimen a continuación.

El terror estatal es difícil de definir. Mañalich plantea que entenderlo como la actividad desplegada por las agencias represoras de la dictadura como una consistente en la perpetración de crímenes de particular gravedad, conlleva una trivialización. Esto porque el terror consiste en lo recién descrito, pero va más allá de un mero conjunto de hechos delictivos, rodeado de motivaciones y consecuencias particulares¹³³. La experiencia de terrorismo estatal chilena y su posterior tratamiento judicial, tiene varios antecedentes históricos, siendo el más conocido de ellos el horror ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial y los posteriores juicios de Núremberg. Las violaciones masivas de derechos humanos suponen el *mal absoluto* o lo que Kant denominó *mal radical*. En palabras de Carlos Nino, “se trata de ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado”¹³⁴. Consiste en un fenómeno ampliamente estudiado por la filosofía, particularmente por la filosofía moral, a través de la cual se busca comprender las causas de semejante horror.

Hannah Arendt estudió profundamente el asunto en relación con el caso de la Alemania nazi. Su principal planteamiento consiste en constatar que se trata de crímenes de tal magnitud que no hay castigo suficientemente severo. Resultan tan incomprensibles los niveles de violencia, que pone en cuestión la capacidad del Derecho de procesarlos. En sus palabras, “los crímenes nazis, me parece, explotan los límites de la ley; y [...] eso constituye precisamente su monstruosidad”¹³⁵. Explica que, tal como resulta imposible la idea de perdonar, también queda descartado el castigo como mecanismo para alcanzar la reconciliación de una sociedad. Plantea la autora que “lo único que sabemos es que no podemos castigar ni perdonar dichas ofensas, que, por consiguiente, trascienden la esfera de los asuntos humanos y las potencialidades del poder humano”¹³⁶. De este modo, expresa Arendt que se vuelve una determinada sociedad incapaz de perdonar aquello que no puede castigar y, a su vez, incapaz de castigar lo que ha resultado ser imperdonable. La autora usa el mismo concepto de *mal radical* que fue acuñado por Kant, pero afirma que Kant no pudo

¹³³ Véase MAÑALICH, p. 180.

¹³⁴ NINO (1997), p. 41.

¹³⁵ Hannah Arendt citada en BERNSTEIN (2005), p.298.

¹³⁶ ARENDT (2009), p. 260.

siquiera sospechar la materialización de este mal, y es por eso que “no tenemos nada en qué basarnos para comprender un fenómeno que, sin embargo, nos enfrenta con su abrumadora realidad y destruye todas las normas que conocemos”¹³⁷.

En Chile ha habido una respuesta reduccionistamente jurídica al acaecimiento de este mal radical. Se ha tratado de buscar una “solución jurídica” al problema, consistente en optar por una comprensión de la violencia ejercida por los aparatos represivos del Estado como un fenómeno estrictamente delictivo, que se resuelve a través del sistema penal¹³⁸. Como será estudiado más adelante, nos hemos dedicado los últimos 30 años a perseguir a los violadores de derechos humanos tal como si se tratara de criminales comunes. Resulta discutible la pertinencia del castigo a individuos concretos en este contexto, dado que se arriesga dejar de lado la existencia de la culpa colectiva. Sin embargo, Arendt planteaba que el castigo a personas en particular “no implica negar la existencia de la responsabilidad política, la cual existe con total independencia de los actos de los individuos concretos que forman el grupo, y, en consecuencia, no puede ser juzgada mediante criterios morales, ni ser sometida a la acción de un tribunal de justicia”¹³⁹. Para ella, la responsabilidad política derivada del *mal radical* es aquella que no puede ser procesada por el aparato judicial de un país, dadas sus características. Pero, en simultáneo, sí defendía la aplicación del castigo penal ordinario dado que “nuestro sentido de la justicia encontraría intolerable renunciar al castigo y dejar que quienes asesinaron a miles, centenares de miles y millones quedaran impunes”¹⁴⁰.

Sobre este asunto de la contraposición entre, por una parte, el tratamiento judicial del terror a través de la condena a individuos concretos por delitos comunes, y por otra, la búsqueda del castigo a nivel institucional hacia un régimen por crímenes contra la humanidad, existen posiciones diversas. Para Mañalich, “en la medida en que la punición se articula como *la* respuesta a los hechos del terror, lo único que alcanza a ser tematizado en cada instancia de persecución y juzgamiento es la objetivación de la culpabilidad aislada que se expresa en el

¹³⁷ ARENDT (1999), p. 138.

¹³⁸ Véase MAÑALICH (2010), pp. 9 ss.

¹³⁹ ARENDT (2003). P. 177.

¹⁴⁰ Hannah Arendt citada en MAÑALICH (2010), p. 14.

hecho punible respectivo”¹⁴¹. Así, plantea como ejemplo la dificultad que ha habido de demostrar judicialmente la conexión de Pinochet con los hechos de la DINA¹⁴². Si bien la recolección de cada una de estas sentencias condenatorias puede tener un impacto general al demostrar la magnitud de los crímenes cometidos por agentes del Estado, la reducción del asunto a la mera responsabilidad individual por determinados hechos delictivos tiene un riesgo histórico de no reconocer el verdadero origen, alcance y consecuencias del terror. Explica el autor que “lo distintivo de los crímenes contra la humanidad es que ellos representan una violación de los derechos de la humanidad toda actualizados *en* cada persona humana”¹⁴³ y es por ello que la perpetración de este tipo de crímenes supera los parámetros ordinarios de nuestra capacidad de comprensión. La pregunta entonces es cuál es el rol del Derecho y de la punición estatal frente a los crímenes contra la humanidad, en circunstancias en que la superación del pasado se presenta como un asunto jurídicamente inconmensurable¹⁴⁴.

La brutalidad de este tipo de crímenes no está sólo dada por su ataque contra la humanidad, sino que también por el hecho de que el Estado, o al menos una parte de él, se transforma en un aparato criminal. Esto “supone ya una supresión de las condiciones de la juridicidad de la *praxis* de ese Estado, que es directamente proporcional a la magnitud de esa operación criminal, sin que esa pérdida de juridicidad pueda ser radicalmente tematizada, sin embargo, bajo el derecho de ese Estado”¹⁴⁵. Por lo tanto, siempre habrá una contradicción presente en el hecho de que el propio Estado se persiga a sí mismo por haber cometido este tipo de crímenes, no por el actuar de ciertos agentes estatales, sino que del Estado en su conjunto. Se suma a esto el problema de la burocracia como actor criminal. El asunto se vuelve problemático cuando constatamos que la acción de la burocracia puede volver irrelevante la agencia y la motivación individual, y poner en cuestión la posibilidad de la responsabilidad individual en los términos en que es concebida ordinariamente por el derecho

¹⁴¹ MAÑALICH (2010), p. 10.

¹⁴² Dirección de Inteligencia Nacional, agencia estatal encargada de la represión que operó entre 1973 y 1977.

¹⁴³ *Ibíd.* p. 13.

¹⁴⁴ Sobre el debate de la posibilidad de la superación del terror a través del derecho, véase MAÑALICH (2010), pp. 22 ss.

¹⁴⁵ MAÑALICH (2018), p. 83.

penal¹⁴⁶. Plantea Accatino que este es un punto importante en el que la dogmática penal debiese estudiar la posibilidad de la “reconstrucción de las categorías referidas a la participación penal, para analizar si logran integrar en un mismo aparato conceptual los presupuestos de la responsabilidad individual y esa suerte de banalidad del mal burocrático”¹⁴⁷.

Otro aspecto a considerar, es el planteado por Mañalich, quien explica que el sometimiento del terror a la lógica del derecho trae consigo su normalización. Sin embargo, plantea también, siguiendo la línea de Arendt, que la punición de los perpetradores de los hechos se encuentra jurídicamente justificada¹⁴⁸. El riesgo de la trivialización del problema al utilizar la solución jurídica debe entonces ser subsanado con políticas de verdad, justicia y reparación extra judiciales. Por su parte, Fernando Atria distingue claramente entre las dos estrategias antes planteadas: la jurídica y la política¹⁴⁹. Para el autor, la primera se centra en la persecución penal de la mayor cantidad posible de agentes del terror, mientras que la segunda se materializa en acciones como la implantación de las comisiones de verdad. Explica que en Latinoamérica las democracias post-dictatoriales han dirigido la mayoría de sus esfuerzos en la línea de la primera de las estrategias. Este autor es particularmente crítico de la estrategia judicial. Por ejemplo, plantea que la condena judicial de Manuel Contreras, cabeza de la DINA, tuvo como impacto en la deliberación pública la sola responsabilidad del individuo y no de la DINA como organismo estatal. Sostiene que el énfasis en la vía judicial conlleva la despolitización y, por ende, la normalización de la cuestión. Etiquetar al terror como un *problema de violaciones a los derechos humanos* resulta, en su opinión, demasiado débil. No se trata de la mera transgresión a un derecho garantizado en una constitución o un tratado, sino que de un drama social en el que existe un tratamiento inhumano de seres humanos, en el que lo jurídico está suspendido. Atria lo explica del siguiente modo:

“El derecho no puede proteger derechos humanos si usamos el concepto de derechos humanos para hacer referencia, en una forma elíptica, a deberes básicos que se deben a otros fundados en la sacralidad de cada vida humana. Políticamente hablando, la real protección de la verdad auto-evidente de la naturaleza sagrada de cada ser humano, es que

¹⁴⁶ Véase ACCATINO (2019), pp. 15 ss.

¹⁴⁷ ACCATINO (2019), p. 16.

¹⁴⁸ MAÑALICH (2010), pp. 38 ss.

¹⁴⁹ Véase ATRIA (2003), pp. 45 ss.

los ‘propios implicados reconozcan, entiendan y juzguen’ la tortura y el exterminio como ‘negando su forma de vida’, incluso si ellos no son las víctimas directas. ‘De otro modo nuestra situación es desesperada’.”¹⁵⁰

Siguiendo a este autor, lo que ha ocurrido en Chile al tratar de castigar es también perdonar y entender lo ocurrido, llegando a banalizar el *mal radical*. Para Atria, lo que ha traído como consecuencia la estrategia jurídica ha sido la privatización del asunto: “El problema de las violaciones de derechos humanos no fue más uno de la *polis* chilena, sino un problema entre las víctimas (representadas por los abogados) y los transgresores”. En mi opinión, esta interpretación va demasiado lejos. Creo que el castigo jurídico-penal no tiene por qué ir en desmedro de la comprensión del fenómeno como uno correspondiente al terror. Pienso que es pertinente y necesario el castigo si es que este es lo suficientemente severo y da cuenta de lo burocrático y masivo de lo ocurrido. Creo también que se justifica el castigo en la medida en que los procesos para averiguar la verdad sean lo suficientemente rigurosos como para establecer claramente la participación tanto de personas como de organismos estatales, así como las circunstancias en que el terror ocurrió, la ubicación de los cuerpos que fueron hechos desaparecer, entre varios otros aspectos. Este estándar de castigo claramente no se ha alcanzado todavía en Chile, pero creo que los esfuerzos deben estar enfocados en mejorar la manera en que el derecho está procesando el terror y no en abandonar la vía jurídica como una alternativa válida para alcanzar la reconciliación de la sociedad chilena. Como plantea Accatino, cada una de las instancias de castigo a un individuo que fue partícipe del terror “constituye un *agravio público*, un acto que ofende los valores básicos que definen a la comunidad política que por eso los juzga y condena”¹⁵¹. En mi perspectiva, resulta evidente que la estrategia jurídica no debe ser abandonada, sino que, al contrario, debe ser fortalecida, de modo que ambas estrategias sean tomadas *en serio*.

Por su parte, la búsqueda de un camino político hacia la reconciliación se ha dado en Chile y también en otros casos como en Sudáfrica o Colombia a través de comisiones de verdad. Cabe preguntarse qué se entiende por reconciliación. Para Atria, desde un sentido privado, la reconciliación tiene dos posibilidades: una consistente en terminar los juicios lo

¹⁵⁰ ATRIA (2003), p. 75.

¹⁵¹ ACCATINO (2019), p. 8.

más rápido posible y la otra consiste en llevar los juicios hasta las últimas consecuencias. La primera posición entiende la reconciliación de modo tal que el olvido es necesario: reconciliación aquí significa olvidar lo ocurrido y mirar hacia delante. La contracara de esta posición entiende a la reconciliación como expiación, por lo que exige castigo o al menos público reconocimiento de la culpa. No hay reconciliación, en esta clave, sin castigo¹⁵². En cambio, desde una perspectiva pública, para este autor, la reconciliación supone el redescubrimiento de la común humanidad de víctimas y victimarios, a través de lograr ver a los victimarios como reducidos a objetos deshumanizados por la ilusión de controlar la fuerza excepcional. Nuevamente, no estoy de acuerdo con la conclusión a la que llega el autor. Creo que la reconciliación política, pública, no debiese ser aquello a lo que preferentemente como sociedad debiésemos darle prioridad. De todos modos, ella no pasa por perdonar o comprender a los victimarios como víctimas, sino que, más bien, creo que ella se puede alcanzar a través de políticas públicas serias en la línea de la reparación, del esclarecimiento de la verdad y también del castigo apropiado y proporcional a la magnitud de los crímenes cometidos. Además, la persecución penal expresa, bajo una concepción comunicativa de la pena, el carácter público del agravio, dando cuenta que concierne el asunto no sólo a la víctima, sino que a toda la comunidad política, afectando de modo generalizado los valores que la definen como tal. De este modo, se genera un llamado común a los perpetradores a responder¹⁵³. Entonces, aun siendo conscientes de que la pena (cualquiera sea su magnitud) no permite una retribución adecuada en este tipo de casos, no se justifica el abandono de toda pretensión punitiva si tomamos en consideración la retribución comunicativa que se logra a través de la imposición de dicha pena.

La opinión de Carlos Nino sobre la materia consiste también en una crítica al castigo judicial, pero por motivos distintos a los recién expuestos. Plantea que el castigo del mal radical no serviría para prevenir la ocurrencia de actos criminales similares cuando se presenten condiciones favorables para aquello, ni para prevenir la materialización de tales condiciones¹⁵⁴. Plantea que, por el contrario, el riesgo del castigo de las violaciones de derechos humanos tiende a que los líderes de regímenes autoritarios se nieguen a dejar el

¹⁵² Véase ATRIA (2003), p. 83.

¹⁵³ Véase ACCATINO (2019), pp. 8 ss.

¹⁵⁴ Véase NINO (1997), p. 43.

poder por miedo a las sanciones futuras. Esta segunda observación fue ampliamente discutida en Chile. Las dos posturas que existían al respecto dentro de la Concertación de los Partidos por la Democracia en el proceso de la transición a la democracia, eran totalmente contrarias. Por un lado, estaban quienes creían que era inviable cambiar la política de amnistía basada en el DL N°2191 de 1978 y que por tanto había que mantener esta línea política, aun cuando estaba expresamente planteado en el programa de dicha coalición que debía derogarse el cuerpo normativo en cuestión. Planteaba aquel grupo asimismo que era inviable realizar juicios que persiguieran la responsabilidad penal de los hechos ocurridos después de 1978. Por otro lado, la segunda postura era la de quienes pensaban que no debía hacerse ningún tipo de transacción que involucrara materias de derechos humanos y que por lo tanto era urgente poner fin a la política de amnistía que estaba llevando a cabo la justicia chilena.

Dentro de la discusión política que se produjo alrededor del proceso de transición a la democracia entre los años 1998 y 1990, se llegó a ciertos acuerdos de carácter constitucional entre el régimen saliente y los personeros de la Concertación de Partidos por la Democracia. Estos acuerdos decantaron en las 54 reformas a la Constitución de 1980 que fueron plebiscitadas en agosto de 1989. Es decir, los acuerdos políticos a los que se llegó entre la coalición entrante y la dictadura saliente, para posibilitar que los militares y civiles que detentaron el poder durante la dictadura no torpedearan el abandono del poder de Pinochet, fueron de índole constitucional y no tuvieron ninguna relación con la materia de los derechos humanos. Es más, se intentó en varias ocasiones durante los años de gobierno de la Concertación aprobar proyectos derogatorios del Decreto Ley de Amnistía, resultando sin éxito debido a no contar con las mayorías parlamentarias necesarias, ni un acuerdo contundente sobre la materia dentro de la propia coalición de gobierno. Lo que los primeros años de democracia sí trajo fue la instauración de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, más conocida como Comisión Rettig, que fue seguida años después por la Comisión sobre Prisión Política y Tortura o Comisión Valech, que tuvieron como producto dos informes que acreditan el terror –de modo extra-judicial- y que proponen medidas de reparación. Sobre estos asuntos históricos se profundizará en el siguiente apartado.

Conforme a la perspectiva adoptada en este trabajo, el Derecho debiese tener un rol secundario en el tratamiento del terror, siendo protagonistas otros mecanismos de verdad,

justicia y reparación, tales como las comisiones recién nombradas, así como otros vehículos de reconciliación que debiesen ser instaurados, asunto que no pretende ser desarrollado aquí, dado que merecería una nueva investigación. Con todo, aun teniendo un rol secundario, y siguiendo lo planteado por Arendt, no se puede alcanzar una real reconciliación en una sociedad sin que el Derecho juegue un papel adecuado, castigando a los perpetradores de crímenes de lesa humanidad del modo que de hecho lo merecen. El ordenamiento jurídico y las instituciones que llevan a cabo su aplicación en Chile, han dado un tratamiento judicial a esta materia que dista mucho de haber sido –y ser hoy en día- óptimo, existiendo una justicia transicional muy débil –o más bien, no existiendo justicia transicional-.

La noción de justicia transicional aparece hacia fines de los años ochenta. En un sentido amplio, corresponde a todos aquellos mecanismos dirigidos a la reconstrucción de la verdad, la justicia, las reparaciones, las reformas institucionales que garanticen la no repetición y, también, en los últimos años, la memoria¹⁵⁵. En un sentido estricto, se refiere a normas jurídicas específicas que regulan la forma en que la justicia enfrenta un pasado de terror. Un ejemplo de este último sentido está dado por el caso colombiano, cuya justicia transicional para poner fin a las guerrillas ha consistido en una serie de leyes sucesivas a lo largo de varios años desde el 2005, para poner en marcha mecanismos de justicia penal y de rendición de cuentas de excombatientes. En particular, la Ley de Justicia y Paz permite conceder una pena alternativa por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, por su colaboración con la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas con una adecuada resocialización. La pena alternativa consiste en la imposición de una medida privativa de libertad por todos los delitos confesados y respecto a los cuales se acepte su responsabilidad por un periodo mínimo de cinco años y no superior a ocho años. No se trata de una extinción de la responsabilidad penal como ocurre en el caso de las amnistías, sino que de una redefinición o modificación de la responsabilidad.

En Chile no ha existido un cuerpo de iniciativas legales referidas al terror como para poder hablar de una verdadera justicia transicional. Lo que ha existido ha sido, como ya se expuso, por un lado, las causas judiciales, que conocen delitos comunes, y por otro, las comisiones de verdad. En el siguiente apartado se hará una revisión del desarrollo histórico de

¹⁵⁵ Véase ACCATINO (2019), p. 2.

estas dos materias, sobre todo de la primera. Los avances que han existido en materia judicial han sido muy paulatinos y relativamente recientes. Queda un largo camino de superación de *nuestro* mal absoluto, camino que debiese optar por una reinterpretación del pasado que resulte efectivamente hegemónica¹⁵⁶.

III.2. Justicia transicional chilena

III.2.1. Contextualización histórica

Más allá de las causas históricas y políticas del Golpe de Estado ocurrido en Chile el 11 de septiembre de 1973, que trajo como consecuencia la instauración de 17 años de dictadura cívico-militar, lo que para este trabajo interesa es hacer una breve descripción acerca de en qué consistió el terror de esa época. Desde un punto de vista jurídico-penal, se trató de una persecución y exterminio políticos que se tradujeron en un crecido número de secuestros de personas consideradas como enemigos del gobierno, seguidos de la tortura y, a menudo, el asesinato del detenido, además de allanamientos de morada, asociaciones ilícitas, amenazas extorsivas, falsedades documentales, reproducción ilegal o supresión de expedientes judiciales, etcétera, e incluso homicidios cometidos para encubrir el hecho principal¹⁵⁷. Sobre la dimensión de estos crímenes, las cifras oficiales con las que hoy contamos provienen de las ya nombradas Comisión Rettig y Comisión Valech y sus respectivos informes. La primera de ellas da cuenta de la muerte o desaparición de 2.298¹⁵⁸ personas, mientras que el informe Valech reporta 27.255¹⁵⁹ víctimas de prisión política y tortura. Más allá de los números que entregan estos dos informes, resultan a lo menos estremecedores los relatos allí contenidos, que dan cuenta de la brutalidad y sistematicidad del terror aplicado a cierta parte de la población.

Las dos comisiones concluyeron en un conjunto de propuestas de reparación, reconciliación y prevención. No todas, ni siquiera la mayoría, se han incorporado formalmente

¹⁵⁶ Sobre el asunto de la reinterpretación del pasado, véase MAÑALICH (2016), pp. 186 ss.

¹⁵⁷ Véase GUZMÁN DÁLBORA (2009), p. 202.

¹⁵⁸ Cifra total presentada en el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, 2 vols., Santiago de Chile, 1991.

¹⁵⁹ Cifra total presentada en el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, Santiago de Chile, 2005.

a nuestro ordenamiento jurídico¹⁶⁰. La estructura de estos informes sigue la racionalidad de las dos vías o dos estrategias, por un lado, se encuentra la vía penal a cargo de los tribunales de justicia y, por otro lado, la vía política *restauradora* que debe ser tomada por el Estado y la sociedad civil toda. Estas comisiones pretendieron hacerse cargo de esto último, a través de la entrega de una serie de prestaciones sociales y pecuniarias, así como de la búsqueda del establecimiento de la verdad de lo ocurrido. El éxito de la misión de las comisiones es difícil de medir, pero parecieran resultar insuficientes sus resultados tanto para las víctimas y sus familiares, como para el resto de la sociedad. Respecto de la relación de estos informes –como método característico de la estrategia política de reconciliación- con las causas llevadas ante la justicia chilena –paradigma de la estrategia judicial- cabe decir que resulta particularmente compleja. Muchas veces ocurre que, en estos informes se relata la reconstrucción de los hechos de un cierto crimen de lesa humanidad. Resulta que esta reconstrucción se acepta como verdadera en un plano político, pero ocurre paradójicamente que no tienen ningún valor jurídico en las causas llevadas ante los tribunales por precisamente esos mismos hechos. Un ejemplo de la situación recién descrita es lo ocurrido en la causa de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin¹⁶¹, en la que los informes provenientes de las comisiones de verdad no fueron admitidos como prueba o fueron considerados insuficientes para tener por probados los hechos. Los jueces se enfrentan entonces, muchas veces, a contrastes entre las verdades judiciales y las verdades históricas –aun siendo estas reconocidas institucionalmente por el Estado-, en procesos instruidos por crímenes atribuidos al terror estatal¹⁶².

Otra vía política que existió para avanzar en la reconciliación, fue la instauración en 1999 de la así llamada Mesa de Diálogo. Esta instancia fue promovida por el gobierno chileno y contó con la participación de militares, abogados de derechos humanos, académicos y dirigentes religiosos, con el objetivo de alcanzar acuerdos que permitieran avanzar en la obtención de verdad. Las asociaciones de familiares de las víctimas decidieron restarse de la mesa. Esto con justa razón pues no se obtuvo las mayorías suficientes para alcanzar nuevas sanciones legales ni para el reconocimiento de responsabilidades¹⁶³. El único acuerdo que se

¹⁶⁰ Véase GUZMÁN DÁLBORA (2009), p. 219.

¹⁶¹ Corte de Apelaciones de Rancagua. Sentencia de fecha 22 de julio de 2013. Rol N°104-2010.

¹⁶² Véase ACCATINO (2016), p. 356.

¹⁶³ Véase ZALAQUETT (2000), pp. 5 ss.

logró, fue el de instaurar mecanismos para la colaboración voluntaria con reserva de la fuente de información. Esta herramienta fue útil en un número muy limitado de casos, no resultando ser entonces la Mesa de Diálogo una instancia que haya colaborado a dar pasos significativos hacia la reconciliación. No sólo no hubo un reconocimiento de responsabilidades, sino que se cambió el lenguaje utilizado hasta entonces en las comisiones de verdad, en las que se reconocía una “política institucional y sistemática de violación de los derechos humanos”, hacia la mera constatación de “las graves violaciones a los derechos humanos en que incurrieron agentes de organizaciones del Estado durante el Gobierno Militar”¹⁶⁴.

Volviendo a la estrategia jurídica como vía hacia la reconciliación, en particular respecto de lo que ha ocurrido en materia judicial desde 1990 hasta el presente, hay mucho que decir, dado que la jurisprudencia ha ido variando enormemente. Este trabajo no alcanzará a revisar todo lo ocurrido en esta materia, sino que pretende dar una pequeña contextualización del desarrollo jurisprudencial. No sólo han ido variando durante el tiempo los criterios para fallar de la Corte Suprema, sino que aún al día de hoy no existe una jurisprudencia bien definida o uniforme pues dicha Corte “no ha dejado de emitir, aunque de manera aislada, resoluciones que desmienten muchos de sus propios veredictos y razonamientos”¹⁶⁵, señala Karinna Fernández. El motivo de estas inconsistencias corresponde principalmente a las variaciones que se producen periódicamente en la integración de la segunda sala de la Corte Suprema: la sala penal, así como a la reticencia de los magistrados a seguir y citar precedentes y a una argumentación escasa y deficiente de las sentencias. Nos encontramos, en definitiva, de acuerdo a Mañalich, frente a la rutina de una aplicación técnicamente desprolija de la legislación penal ordinaria, siendo esta aplicación una arista más del problema de la trivialización del terror¹⁶⁶.

Aun cuando a lo largo de los últimos años la Corte Suprema ha sido inconsistente en la aplicación de distintas instituciones, sí es posible identificar ciertas etapas de su jurisprudencia. La profesora Galdámez plantea una división en tres etapas, usando como criterio de diferenciación la aplicación del Derecho Internacional. La primera de ellas va desde

¹⁶⁴ Véase MAÑALICH (2018), p. 76.

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ (2010), p. 468.

¹⁶⁶ Véase MAÑALICH (2018), p. 81.

inicio de la transición hasta 1997; en ella se niega valor a los tratados y se aplica preferentemente la legislación nacional. Esto implicó aplicar irrestrictamente la amnistía y la prescripción. Durante la segunda etapa, que va desde 1998 al 2004, se sientan las bases de la apertura: los tribunales matizan su posición e introducen algunas reflexiones sobre posibles límites provenientes de obligaciones contraídas por el Estado en el ámbito internacional. Finalmente, la tercera etapa va desde 2004 hasta hoy, ocurriendo que la mayoría de la jurisprudencia, invocando tratados internacionales, considera inaplicables tanto la amnistía como la prescripción¹⁶⁷. Cabe destacar, respecto de la relación de nuestro país con el Derecho Internacional, que Chile suscribió en 1998 el Estatuto de Roma y que recién en 2009 lo ratificó. Esto trajo consigo el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, lo que implica su competencia para conocer y juzgar comportamientos sometidos a la jurisdicción de los tribunales chilenos. Los hechos ocurridos durante la dictadura no son susceptibles de ser conocidos por esta Corte por motivos temporales, pero la ratificación del tratado envuelve una mirada relevante acerca de cómo el país quiere enfrentar en adelante las violaciones a los derechos humanos. Significó un avance respecto del deber de punición estatal en el contexto de las obligaciones internacionales convencionales del Estado, sobre materias como el genocidio, crímenes contra la humanidad, la tortura, la desaparición forzada de personas, entre otras. Con todo, esto no libera a Chile del cumplimiento de sus deberes internacionales de tipificación interna relativos a este tipo de delitos¹⁶⁸.

Por su parte, Karinna Fernández estudia las etapas de la jurisprudencia chilena dividiéndola en seis secciones, relacionadas tanto con el Derecho Internacional como con factores políticos internos. Se trata de las siguientes etapas: 1) desde la dictadura y hasta 1998; 2) el cese de la aplicación del Decreto Ley de Amnistía; 3) la configuración de un nuevo escenario, y una jurisprudencia contradictoria; 4) la así llamada imprescriptibilidad de los delitos de secuestro permanentes (que se trata más bien de una ficción según la cual los secuestros seguirían siendo perpetrados hasta el presente) ; 5) la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y 6) la prescripción gradual de delitos imprescriptibles¹⁶⁹. Si bien cada una de estas fases tiene sus complejidades y nudos que pudiesen ser analizados, en este

¹⁶⁷ Véase GALDAMEZ (2012), pp. 297 ss.

¹⁶⁸ Véase BASCUÑÁN (2004), pp. 111 ss.

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ (2010), pp. 469 ss.

trabajo no me detendré a explicarlas, sino que estudiaré solamente el desarrollo de la aplicación de dos instituciones que resultan particularmente relevantes para esta investigación: el Decreto Ley de Amnistía y la prescripción.

III.2.2. El Decreto Ley de Amnistía

III.2.2.a. Sobre el concepto

La amnistía en el derecho penal puede ser definida como “una renuncia estatal, directa o indirecta, a la materialización de una pretensión punitiva relativa a un determinado conjunto de hechos delictivos, que extingue la responsabilidad jurídico-penal de aquellas personas a quienes son imputables los hechos respectivos”¹⁷⁰. Esta institución no tiene por qué ser valorada negativamente bajo toda circunstancia, sino que constituye una noción imprescindible para la comprensión de la lógica del derecho penal, dado que, como plantea Mañalich, es una forma que tiene el Derecho de recordarnos que el dominio de la justicia no es irrestricto¹⁷¹.

El rechazo que nos produce el Decreto Ley n° 2.191, de 19 de abril de 1978 viene dado por su carácter de *auto-amnistía*, esto es, “una definición unilateral que pretende cancelar las consecuencias de la punibilidad de los hechos cuya planificación y ejecución fuera coordinada desde la cúpula del aparato del Estado, cuyo sentido inequívoco, entonces, es el de una auto-exoneración”¹⁷². En palabras simples, resulta inconcebible otorgarle validez a un instrumento jurídico para liberar de responsabilidad jurídico-penal, establecido por las mismas personas que perpetraron los crímenes a los que la norma se refiere. La profesora Horvitz explica que es evidente que se trata de una “auto-exoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues ella se dictó con posterioridad a ellos, con el evidente propósito de procurar su impunidad”¹⁷³. Cabe decir que existe cierto nivel de consenso en la doctrina acerca de que el derecho internacional no prohíbe de forma absoluta las amnistías, sino que aquellas que tienen justamente el carácter de auto-amnistías. Sí serían

¹⁷⁰ MAÑALICH (2010) p. 155.

¹⁷¹ Véase MAÑALICH (2010), p. 52

¹⁷² MAÑALICH (2010), p. 183.

¹⁷³ HORVITZ (2006), p. 222.

aceptables, en cambio, las hetero-amnistías, es decir, aquellas que hacen posible la solución de un conflicto sin penas, a través de una decisión del abandono de la punición tomada con posterioridad a la vigencia del terror, en un contexto de verdadera justicia transicional. Como ya vimos, este no fue el caso de Chile. Mañalich plantea que la estructura y contexto del Decreto Ley de Amnistía:

“(…) pone de manifiesto que el régimen jamás llegó a esbozar una pretensión de legitimidad jurídica respecto de su programa de violencia. Pues en tanto causa de *extinción* de la responsabilidad penal, toda amnistía presupone que las personas amnistiadas tienen responsabilidad comprometida en los hechos a los cuales ella se encuentra referida”.¹⁷⁴

III.2.2.b. Sobre su vigencia

Más allá de los análisis que se puedan hacer acerca de la validez o la legitimidad de esta norma, lo cierto es que hasta el día de hoy sigue estando vigente en nuestro ordenamiento jurídico. A continuación, intentaré resumir el modo en que el Decreto ha sido aplicado desde que fuera promulgado. Hasta fines de la dictadura de Pinochet, la norma en cuestión fue interpretada por los tribunales de manera muy estricta, esto es, por regla general, al constatar que los hechos denunciados habían ocurrido durante el período comprendido por la amnistía, cerraban inmediatamente el caso y dictaban sobreseimiento definitivo, sin terminar con la investigación ni haber comprobado el cuerpo del delito ni individualizado al responsable, como lo ordenaba expresamente la normativa aplicable en esa época: el Código de Procedimiento Penal¹⁷⁵. En el siguiente periodo, que va desde 1990 hasta 1998, se mantuvo la aplicación de la norma tal como se hacía durante la dictadura: por regla general, el Decreto Ley operaba de pleno derecho. Así, se dictaba el sobreseimiento definitivo tan pronto se alcanzaba la convicción de que el hecho denunciado revestía el carácter de delito perpetrado en el curso de los años comprendidos por la norma en cuestión. De este modo, lo que ocurrió durante la dictadura y hasta 1998 fue que los tribunales renunciaban de forma anticipada a determinar alguna responsabilidad, negando la posibilidad de establecer cualquier tipo de verdad por la vía jurisdiccional.

¹⁷⁴ MAÑALICH (2010), p. 156.

¹⁷⁵ Véase el *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

El asunto que ha de ser analizado en relación con este periodo es el efecto de cosa juzgada de los sobreseimientos definitivos dictados durante esos años, en referencia a los casos aquí relevantes. Esto, porque la operatividad de la cosa juzgada determina la posibilidad de la eventual reapertura de las causas en cuestión, en el evento que posteriormente se impugnaran los efectos sustantivos del Decreto Ley de Amnistía¹⁷⁶. Es decir, sólo sería posible revertir la impunidad producida por la aplicación del DL allí donde las investigaciones fueran reabiertas, de modo de poder llegar, en el siguiente periodo, a una sentencia de condena. Cabe aquí notar la relevancia de los “falsos negativos” y de los distintos mecanismos procesales disponibles para poder derrotarlos. Estos casos de evidente impunidad en circunstancias de violaciones a los derechos humanos, materializados procesalmente en sobreseimientos definitivos, constituyen para la terminología de este trabajo justamente un tipo de “falsos negativos”. Recordemos que estamos en presencia de ellos en la medida en que el tribunal decide no imponer pena alguna aun cuando la persona involucrada debió haberla recibido, puesto que cometió una acción u omisión que debe ser castigada conforme al ordenamiento jurídico¹⁷⁷.

Para poder seguir con el análisis propuesto acerca del efecto de cosa juzgada, es necesario estudiar más detalladamente la normativa aplicable a estos casos. En primer lugar, hay que advertir que el artículo 418 del antiguo Código de Procedimiento Penal dispone que el sobreseimiento definitivo “tiene la autoridad de cosa juzgada”. Si bien a primera vista podríamos concluir que todo sobreseimiento definitivo dictado durante el periodo aquí estudiado produce el efecto de cosa juzgada y por tanto no puede ser derrotado para dar lugar a una nueva investigación sobre los hechos, vale la pena reparar en que la excepción de cosa juzgada sólo puede ser invocada en la medida en que se satisfagan los correspondientes requisitos de identidad entre el juzgamiento anterior, concluido a través de sentencia firme, y el nuevo juzgamiento¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cosa que de hecho ocurrió, como se verá más adelante.

¹⁷⁷ Sobre el problema de la conformidad del Decreto Ley de Amnistía a nuestro ordenamiento jurídico, se volverá más adelante.

¹⁷⁸ Véase la argumentación sobre esta materia en MAÑALICH (2010), pp. 191 ss.

Respecto del requisito de identidad exigido, se necesita no solo la “identidad física”, sino que también la “identidad en la posición jurídica”. Una primera postura sobre esta norma entiende que para determinar si se cumple con esta segunda identidad, es necesario analizar si los sujetos que fueron beneficiados por los sobreseimientos definitivos estudiados llegaron o no a contar con el estatus procesal de “procesado”. Confirmando esta visión, La Corte de Apelaciones de Santiago consideró, en un fallo de 2009, que la identidad de posición jurídica estaría dada en este caso por el hecho que la persona haya llegado a exhibir la calidad de procesado en el marco del primer juzgamiento¹⁷⁹. Contra esta postura, existe un argumento derivado del propio texto del antiguo código que, en su artículo 279 bis inciso 2° establece que existe la posibilidad dictar el sobreseimiento definitivo respecto de un sujeto que no hubiese llegado a ser procesado y que dicho sobreseimiento cuenta con la fuerza de cosa juzgada. Por lo tanto, para esta segunda postura, resulta irrelevante saber si la persona llegó a ser un “procesado” o no, pues de todos modos al haber un sobreseimiento, no sería posible reabrir el caso producto de la fuerza de cosa juzgada con la que de todos modos contaría dicha resolución judicial.

Para determinar si una persona llegó o no a exhibir la calidad de procesado, debemos nuevamente remitirnos a la normativa del Código de Procesamiento Penal. Este cuerpo normativo no contempla la actual figura de la formalización, sino que existe la institución del *auto de procesamiento*, regulada en sus artículos 274 y siguientes. Esta norma dispone que: “después que el juez haya interrogado al inculcado, lo someterá a proceso, si de los antecedentes resultare: 1° Que está justificada la existencia del delito que se investiga, y 2° Que aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculcado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. El juez procesará al inculcado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurran las circunstancias señaladas”. Si siguiéramos la postura de la Corte de Apelaciones de Santiago, tendríamos a la mano una interesante solución: en aquellos casos en que hubo un sobreseimiento definitivo, pero en que el auto de procesamiento no llegó a ser dictado, no sería posible invocar la excepción de cosa juzgada para frustrar la apertura de un nuevo proceso sobre los mismos hechos. Sin embargo,

¹⁷⁹ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 3 de julio de 2009, rol N°2538-08.

si siguiéramos la segunda postura, esta distinción (existencia o no existencia de un auto de procesamiento) sería irrelevante.

III.2.2.c. La doctrina Aylwin

Durante este periodo jurisprudencial, se produjo la elección del primer gobierno en democracia, encabezado por Patricio Aylwin. El entonces presidente mandó en marzo de 1991 una carta a la Corte Suprema que planteaba lo que más tarde pasó a conocerse como la *doctrina Aylwin*¹⁸⁰. Explicaba el mandatario que la aplicabilidad de la amnistía “tendría que sujetarse en todo caso, al agotamiento de la investigación orientada a la determinación precisa del hecho punible y de los sujetos eventualmente responsables, quienes recién entonces podrían verse favorecidos por esta causa de extinción de la responsabilidad penal, tal como la cataloga el art. 93 N°3 del Código Penal”¹⁸¹. De este modo, si los tribunales seguían esta teoría, la aplicación de la amnistía requeriría el agotamiento de la investigación en la etapa de sumario –conforme a lo dispuesto en el artículo 408 N°5 del Código de Procedimiento Penal– para concluir en un sobreseimiento definitivo.

El problema, es que se produciría una antinomia entre la aplicación de la regla recién nombrada y el artículo 107 del mismo código, que establece que: “antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio”. Mañalich plantea que no es correcto hablar en este caso de una antinomia, dado que este último artículo no supone que el reconocimiento de la amnistía antes de darse inicio al proceso conlleve el pronunciamiento de un sobreseimiento definitivo, sino que, lo que la regla dice es que el juez debe pronunciar “un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio”. Concluye entonces, que el artículo 107 es aplicable a casos

¹⁸⁰ Se trata del oficio presidencial N° 91/719 de fecha 4 de marzo de 1991, que dice en una de sus partes que “no dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Excmo. Tribunal que, en mi concepto, la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no debe ni puede ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades que correspondan, especialmente en los casos de personas desaparecidas”.

¹⁸¹ MAÑALICH (2016) p. 157.

en que ya antes de iniciarse el sumario es claro para el juez que respecto del inculpado se satisface una determinada causa de extinción de responsabilidad penal, por ejemplo, una amnistía mientras que el artículo 408 n°5 se refiere a casos en que ello recién puede determinarse después de agotada la investigación – por ende, al cese del sumario-¹⁸².

Lo que la doctrina Aylwin favorecía era que, aun sin que los procesos terminaran en una sentencia condenatoria (dado que de todos modos se terminaría en un sobreseimiento definitivo por la aplicación de la amnistía), se llevara efectivamente a cabo una investigación que pudiera producir una determinación judicial precisa de los hechos delictivos. Como explica Mañalich, esta doctrina no representa la solución adecuada para lograr este objetivo dado que distorsiona el sentido de las reglas procesales relevantes que son efectivamente aplicables. Además, en ningún caso hace posible una declaración judicial de culpabilidad, ya que su único efecto es postergar el momento en que ha de ponerse término al proceso antes de una eventual sentencia definitiva. Se suma a esto, que la dictación de un sobreseimiento definitivo implica que el proceso es cerrado con una sentencia interlocutoria que produce efectos de cosa juzgada, por lo que la posterior impugnación de los efectos sustantivos del Decreto Ley de Amnistía no tendría efecto en las causas en que fuera aplicada esta doctrina. Llegamos entonces aquí al mismo punto en el que nos encontrábamos luego de analizar la eventual relevancia de la presencia del *auto de procesamiento*.

Volviendo a los aspectos históricos, la aplicación de esta doctrina no fue para nada inmediata; la Corte Suprema no la consideró hasta bastante después del envío de la carta, pero sí varios jueces y Cortes de Apelaciones comenzaron a utilizarla en la fundamentación de sus fallos. Recién en 1998, se produce el primer cambio relevante en la jurisprudencia. Si bien ese año la Corte Suprema sobreseyó definitivamente dieciocho causas por amnistía, en algunos casos se dejó sin efecto la amnistía y se dispuso el sobreseimiento temporal y en otros se decretó la reapertura del sumario posibilitando de esa manera la continuación de la investigación. También en ese año, la Corte pronuncia la sentencia del caso del secuestro de

¹⁸² Véase MAÑALICH (2016) pp. 157 ss.

Pedro Poblete Córdoba¹⁸³, ordenando reabrir el sumario que había sido cerrado por la justicia militar sustentado en la aplicación del Decreto Ley de Amnistía¹⁸⁴.

III.2.2.c. El cambio en la jurisprudencia

A partir del fallo del caso Poblete, ocurren tres cambios relevantes en la jurisprudencia¹⁸⁵. El primer cambio implicó que, previo a la aplicación de la amnistía, debe estar determinada la persona del responsable, de modo que los procesos sobreseídos (temporal o definitivamente) fueran repuestos a la etapa de sumario. De este modo, este y otros fallos similares, señalan que el sobreseimiento definitivo solamente puede disponerse cuando las investigaciones se encuentran agotadas. El segundo consiste en que, por haber existido un conflicto armado interno (en los términos del artículo 3° de los Convenios de Ginebra), los tratados internacionales suscritos por Chile son de aplicación “preeminente”. Finalmente, el tercer cambio dice relación con la desaparición forzada de personas; la Corte afirma que se está ante un ilícito de carácter permanente ya que, aunque su fecha de inicio es conocida, se ignora el destino y paradero de la víctima, por lo que cabe la posibilidad de que el delito se extendiera más allá del ámbito temporal y sustantivo del Decreto Ley de Amnistía. Esta última tesis se conoce como la tesis del *secuestro permanente*¹⁸⁶¹⁸⁷. Ejemplo de la aplicación de esta institución, ya en el año 1999, es el caso conocido como “Episodio Parral”, en el que la Corte Suprema dicta sentencia en la causa seguida por el secuestro de 26 personas y la sustracción de un menor¹⁸⁸. En dicho caso se habían calificado los delitos como constitutivos de detención ilegal y decretado el sobreseimiento definitivo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto Ley. La Corte revoca dicha resolución argumentando que no corresponde aplicar el Decreto Ley de Amnistía ni en la hipótesis del artículo 141 ni en la del 148 del Código

¹⁸³ Corte Suprema. Sentencia de fecha 9 de septiembre de 1998, rol 469-98.

¹⁸⁴ Véase FERNÁNDEZ (2010), pp. 470 ss.

¹⁸⁵ Véase GALDAMEZ (2012), p. 302.

¹⁸⁶ Esta tesis contiene un error conceptual en su denominación dado que todo secuestro constituye, en virtud de su sola estructura típica, un delito permanente, por lo cual la sugerencia de la posibilidad de un secuestro que no fuese un delito permanente no es sino una contradicción en los términos. Al respecto, véase MAÑALICH (2010), pp. 162 ss.

¹⁸⁷ Al respecto véase el *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

¹⁸⁸ Corte Suprema. Sentencia de fecha 9 de enero de 1999, rol N°248-98.

Penal, puesto que dichos ilícitos son de carácter permanente, y en tal sentido, se entiende que continúan cometiéndose con posterioridad al período comprendido por el Decreto Ley.

Podemos afirmar entonces que es a partir de 1998 que el argumento de la obligación de agotar la investigación antes de sobreseer por amnistía, en base a la primacía del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal sobre el artículo 107, comenzó a ser acogida por la Corte Suprema. La Corte decidió imponer la obligación de agotar la investigación también por un motivo relacionado con la búsqueda de certeza jurídica: se buscaba que el sobreseimiento pudiera efectivamente producir acción y excepción de cosa juzgada¹⁸⁹. Así, en el fallo del caso de Pedro Poblete Córdova el máximo tribunal afirmó:

“Que si bien el sobreseimiento puede ser dispuesto en cualquier estado del juicio, especial exigencia recae sobre el que tiene el carácter de definitivo en orden a que se encuentre agotada la investigación, según se dijo precedentemente, en los términos que exige los artículos 76 del Código del ramo y 127 del Código de Justicia Militar. De tal modo podrá suspenderse la tramitación del juicio al no poder avanzar las diligencias, pero en ningún caso disponer el término prematuro de las mismas con un efecto absoluto que impida realizar nuevas averiguaciones, desde el momento que la sentencia que así lo decida produce acción y excepción de cosa juzgada”.

“Que de ellos se sigue que para aplicar la amnistía, debe estar igualmente determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los sucesos investigados; concluyéndose de lo razonado que al aplicar una causal de extinción de responsabilidad penal que, de acuerdo a los antecedentes expuestos no está llamada a decidir al pleito, se ha incurrido en un nuevo error de derecho por los magistrados del fondo”.¹⁹⁰

Esta doctrina se consolidó a partir de 2003, año en el que la Corte acogió recursos de casación anulando sentencias que habían decretado el sobreseimiento definitivo de procesos por existir cosa juzgada, en casos de sobreseimientos definitivos anteriores en los que se había aplicado la amnistía sin haber sido agotada la investigación. Como contextualización histórica,

¹⁸⁹ Véase CORREA (2014), pp. 20 ss.

¹⁹⁰ Corte Suprema. Sentencia de fecha 9 de septiembre de 1998, rol N°469-98, considerandos sexto y octavo.

cabe mencionar que se desarrolló en esos años el juicio a Pinochet en Europa. Esto tuvo una repercusión en Chile muy importante: se creó la institución de los jueces con dedicación exclusiva en materia de violaciones a los derechos humanos, lo que generó que entre el 2000 y el 2003 hubiera 400 procesamientos; cifra equivalente a los procesamientos obtenidos en los anteriores 27 o 30 años¹⁹¹. Como explica Correa, es interesante notar que muchos de los casos prematuramente cerrados por los tribunales, habiéndose hecho aplicación inmediata de la amnistía, sin identificar a los beneficiarios de ella, “han sido precisamente reabiertos en función de que los responsables no han podido beneficiarse de la excepción de cosa juzgada, al no haber sido individualizados en los procesos que resultaron en los sobreseimientos”¹⁹².

Entonces, simplificando bastante las cosas, podría afirmarse que aquellos casos que ingresaron al sistema judicial en los primeros años de la aplicación del Decreto Ley, corren hoy en día una mejor suerte que aquellos casos que ingresaron en la época en la que se aplicaba la *doctrina Aylwin*. Esto porque, tratándose de los primeros, no existía un sobreseimiento definitivo con fuerza de cosa juzgada, por lo que, una vez obtenidos nuevos antecedentes, dichas causas podrían reabrirse sin mayor problema en una nueva búsqueda de verdad judicial, cosa que no podía hacerse tratándose del segundo tipo de casos.

Un nuevo giro se produjo en la jurisprudencia nacional luego de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) de 26 de septiembre de 2006 en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. El Estado de Chile fue condenado por no haber suprimido el Decreto Ley de Amnistía, incumpliendo la obligación legislativa de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. Con este fallo, la CIDH afirma que el Estado de Chile tiene la obligación de juzgar y sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad ocurridos durante la dictadura, debiendo dejar atrás el cierre de las causas por la aplicación de la amnistía. En efecto, desde la dictación de este fallo, la Corte Suprema no ha fundamentado a la fecha ninguna de sus sentencias en la aplicación del Decreto Ley de Amnistía.

Respecto del destino de dicha causa en el derecho interno, fue reabierto producto de lo

¹⁹¹ Véase CAUCOTO (2016), pp. 253 ss.

¹⁹² CORREA (2014), p. 20.

ordenado por la CIDH¹⁹³. Sin embargo, muchos otros casos equivalentes (en los hechos y en su tratamiento jurídico) a este no han sido aún reabiertos o han demorado mucho en serlo. Ejemplo de ello es lo que ocurre con el caso de Carmelo Soria Espinoza. En agosto de 1996, la Corte Suprema sobreesee definitivamente a los autores del crimen porque los hechos investigados son de aquellos incluidos en el período comprendido en el Decreto Ley de Amnistía. Aun existiendo una solución amistosa entre el Estado Chileno y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre este caso que se traduce en el documento N°11.725 del Informe N°133/99 de 19 de noviembre de 1999, la reapertura de la causa en los tribunales domésticos se llevó a cabo recién en 2019. Esto ocurrió a pesar de dos querrelas interpuestas una en 2004 y otra en 2010, que no fueron recibidas a tramitación argumentando la Corte la fuerza de cosa juzgada del sobreseimiento definitivo.

De este modo, ya finalizando la década de los 2000, la Corte Suprema siguió reconociendo la fuerza de cosa juzgada del sobreseimiento fundado en el DL de amnistía¹⁹⁴. Finalmente, en 2019 la causa fue reabierta y fallada el 13 de marzo¹⁹⁵, con el resultado de condena de varios de los imputados. Sin embargo, uno de ellos, Guillermo Salinas Torres, fue absuelto tras acogerse en su favor la excepción de cosa juzgada del artículo 433 N°4 del Código de Procedimiento Penal. Este es un ejemplo de cómo, aun cuando ya no se aplica de forma directa el Decreto Ley de Amnistía, sigue contando con una eficacia jurídica que limita la obtención de verdad judicial y castigo. Es por ello que, mientras no exista un reconocimiento inequívoco por parte de los poderes del Estado de la ineficacia jurídica del Decreto Ley en cuestión, seguiremos viviendo en un equilibrio demasiado precario en el que no hay garantías de persecución penal real en materia de violaciones a los derechos humanos ocurridos en dictadura.

Además del fallo del caso Almonacid, han existido otros dos casos seguidos ante la CIDH relevantes en esta materia. Se trata de la sentencia de 2015 caratulada “Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile” y de la sentencia de 2013: “García Lucero y otros vs.

¹⁹³ La reapertura de la causa en cuestión tuvo como sentencias las siguientes: a) Corte de Apelaciones de Rancagua. Sentencia de fecha 14 de enero de 2013, rol N°103-2011 y b) Corte Suprema. Sentencia de fecha 29 de julio de 2013, rol N°1260-2013.

¹⁹⁴ Véase GUTIÉRREZ (2014), p. 124.

¹⁹⁵ Corte Suprema. Sentencia de fecha 13 de marzo de 2019, rol N°1-1993.

Chile”. En ambos casos se hace alusión a la necesidad de legislar sobre el Decreto Ley de Amnistía y de elaborar una activa persecución penal del crimen de la tortura, estando hasta hoy ambos aspectos aún sin cumplir.¹⁹⁶ Se suma a esto que, en enero de 2019, Chile rindió su tercer Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Una de las muchas recomendaciones que se le hizo al Estado fue la 125.52 que lo insta a “considerar derogar el Decreto Ley de Amnistía”, ante lo que Chile respondió que “tomó nota”, aduciendo que la Corte Suprema lo “ha dejado sin aplicación”¹⁹⁷. Esta afirmación del Estado Chileno se suma a muchas otras respuestas que ha dado a recomendaciones de la CIDH y de diversos otros organismos internacionales que han reiterado la misma recomendación. Bien sabemos que esta es una postura (la de dejar el Decreto sin aplicación) que no es unánime dentro de los integrantes de la Corte y que un cambio interpretativo es perfectamente posible en el estado actual de cosas. Mientras no haya un cambio normativo, esta amnistía sigue estando vigente en nuestro sistema jurídico. Con todo, la inaplicación judicial del Decreto que se consolidó en la década pasada se expresa actualmente en más de trescientas causas con sentencias condenatorias firmes y más de mil trescientos procesos penales en curso¹⁹⁸.

III.2.3. Prescripción

Un segundo tema que vale la pena revisar respecto del debate de la evolución jurisprudencial es el de la operatividad de la prescripción de la acción penal como causa de extinción de la responsabilidad. A la luz del Código Penal, el plazo máximo para la subsistencia de la acción punitiva es de quince años de modo que todos los delitos cuyo resultado se produjo durante la época estudiada estarían extintos por el paso del tiempo. Una de las formas de evitar la aplicación de esta institución está dada por la aplicación de la teoría de los secuestros permanentes, explicada más arriba. Otra manera de esquivarla es apeguándose al Derecho Internacional: tratándose de delitos de lesa humanidad, se trata de crímenes imprescriptibles a

¹⁹⁶ Véase el *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

¹⁹⁷ Véase el *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2019*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

¹⁹⁸ Véase ACCATINO (2019), pp. 3 ss.

causa de la existencia de una norma imperativa de derecho internacional general¹⁹⁹. Guzmán Dalbora plantea que ninguna de estas dos soluciones es óptima, por lo cual propone una tercera, siguiendo el voto de minoría del fallo de 4 de agosto de 2005 de la Corte Suprema. La tesis consiste en que, ya que el Estado intenta liberarse de sus responsabilidades durante una situación bélica –o en nuestros términos, en una situación de terror-, no pueden ser aceptadas las normas que operan como auto-exoneraciones, tal como ocurre con la amnistía chilena. Afirma el autor que no pueden ser aplicadas instituciones preexistentes que fueron concebidas para operar en un estado de paz social –como la prescripción de la acción penal- al cual estaban llamadas a servir y no en situaciones de quebrantamiento de todas las instituciones sobre las cuales dicho estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron esa infracción²⁰⁰.

La primera etapa jurisprudencial, que corrió en paralelo con la aplicación irrestricta del Decreto Ley de Amnistía, consistió en el reconocimiento de la operatividad de la prescripción. Luego, a fines de la década de los 90, la Corte Suprema comenzó a desconocer su operatividad dado el carácter de imprescriptibles de los delitos de lesa humanidad. Se puede afirmar que al día de hoy se ha consagrado la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, tanto de modo convencional, consuetudinariamente y como principio del Derecho Internacional²⁰¹.

Sin embargo, sin desconocer lo recién explicado, en una segunda etapa jurisprudencial la Corte comenzó a aplicar una institución conocida como la “media prescripción”. Ésta consiste en hacer procedente la híper-atenuante prevista en el art. 103 del Código Penal, conocida comúnmente como la “doctrina Dolmetsch”.²⁰² Para sus defensores, la aplicación de este artículo en este tipo de casos se explica por la “diversa ‘naturaleza jurídica’ que exhibirían la prescripción de la acción penal, en cuanto causa de extinción de la responsabilidad, por un lado, frente a la prescripción gradual como mera atenuante de eficacia extraordinaria, por

¹⁹⁹ Véase GUZMÁN DÁLBORA (2008), pp. 152 ss.

²⁰⁰ Véase GUZMÁN DÁLBORA (2008), p.154.

²⁰¹ Véase AGUILAR (2008), p. 200.

²⁰² Véase MAÑALICH (2018), pp. 78 ss.

otro”²⁰³. De este modo, al tratarse de dos instituciones de diversa naturaleza, no habría problema alguno en aplicar la segunda, en aquellos casos en que está prohibido por el Derecho Internacional aplicar la primera.

En términos simples, se trata de un plazo de prescripción que se declara no correr en razón del carácter imprescriptible de la respectiva acción penal y que puede, no obstante, ver transcurrir más de la mitad de su duración, lo que resulta contrario a la lógica. Para Mañalich, el argumento que debiese hacer inaplicable la regla del artículo 103 para este tipo de casos consiste en “la circunstancia de que, no resultando *in concreto* aplicables las reglas generales sobre prescripción de la acción penal, ello debe extenderse a la regla específica de la prescripción gradual, en la medida en que su presupuesto es – al igual que tratándose de la institución misma de la prescripción – la contingencia de la efectiva punición de los responsables”²⁰⁴.

Ilustrativo de este cambio jurisprudencial, es lo ocurrido en el caso “Episodio Parral”, ya citado precedentemente. En 2007, la Corte Suprema revoca el fallo del tribunal inferior por no haber aplicado la prescripción gradual en favor de los condenados²⁰⁵. Rebaja sustancialmente las condenas impuestas el 4 de agosto de 2003 por el ministro Alejandro Solís; desde 15 años y un día a 5 años (Hugo Cardemil), y de 7 años a 4 años (Paulo Caulier). En consecuencia, ambos recibieron el beneficio de la libertad vigilada, y no cumplieron pena de cárcel²⁰⁶. Otro ejemplo preocupante de la aplicación de esta institución es el fallo emitido este año por la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso “Villa Grimaldi”²⁰⁷. Sumado a varias otras preocupantes consideraciones de la Corte en esta sentencia, se estableció el reconocimiento de la media prescripción como híper atenuante a favor de los acusados cuyas condenas fueron afirmadas argumentando que:

“esta institución es una mera circunstancia atenuante, de modo que no puede equipararse, en su esencia, con la prescripción de la acción penal, que extingue la responsabilidad penal. De allí que todo

²⁰³ MAÑALICH (2020c), p. 224.

²⁰⁴ MAÑALICH (2010), p. 234.

²⁰⁵ Corte Suprema. Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2007, rol N°3587-05.

²⁰⁶ Véase Principales hitos jurisprudenciales, judiciales y legislativos en causas de DDHH en Chile 1990-2019. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, p. 12.

²⁰⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 9 de abril de 2020, rol N°1734-2017.

lo que pueda argüirse para la no declaración de la prescripción en virtud de la naturaleza del delito de autos no es aplicable a una atenuante que sólo tiene en común con la prescripción el transcurso del tiempo”²⁰⁸.

En este fallo, se defiende a tal punto la aplicación de la híper-atenuante que la Corte expresa en el mismo considerando precedentemente citado que “el transcurrir del tiempo nunca es indiferente al derecho. Con una aseveración como esta, tal como nota Mañalich, el tribunal “termina confesando que (...) si de ella dependiera, la corte estaría disponible para dejar caer el manto del olvido sobre los crímenes perpetrados por los agentes DINA”²⁰⁹. Con esta sentencia podemos concluir que el poder judicial –o al menos parte de él- sigue pensando que estos crímenes debiesen ser olvidados y, al no poder hacerlo aplicando ya en 2020 directamente el Decreto Ley de Amnistía o la prescripción de la acción penal, siguen utilizando en sus fallos instituciones carentes de toda lógica y respeto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo es la “media prescripción”.

III.3. Constatación de la presencia de factores azarosos en el resultado judicial de delitos cometidos por violadores de DDHH

De acuerdo a lo que se ha podido describir en este trabajo sobre los cambios jurisprudenciales en materia de terrorismo de Estado, particularmente respecto de la aplicación de las instituciones de la amnistía y de la prescripción, es que podemos afirmar que existe en Chile un tratamiento profundamente desigual e incongruente de las causas en cuestión. Para analizar este asunto, vale la pena recordar las cuatro categorías que caracterizan los cuatro escenarios que pueden presentarse cuando una persona enfrenta un juicio de atribución de responsabilidad jurídico-penal²¹⁰: verdadero positivo, falso positivo, verdadero negativo o falso negativo. Tanto el segundo como el cuarto escenario representan resultados sustantivamente injustos de modo que, si asumimos la incidencia de factores azarosos en el proceso penal, tal como se hace en este trabajo, podemos concluir que se trata de dos tipos de *mala suerte procesal*, desde el punto de vista del Estado en cuanto titular de la potencial pretensión punitiva. Recordemos que los falsos positivos constituyen instancias de condena de

²⁰⁸ Considerando 21º, citado en MAÑALICH (2020c), p. 224.

²⁰⁹ MAÑALICH (2020c), p. 224.

²¹⁰ Véase *supra* I.2.3.

inocentes y que, en nuestro ordenamiento jurídico, son considerados como constitutivos de un error procesal de tal gravedad que se justifica la interposición de la acción de revisión, pasando por encima de la fuerza de cosa juzgada de esas sentencias erróneamente condenatorias. Por el contrario, los falsos positivos no cuentan con un mecanismo procesal para ser revisados.

Hemos visto hasta aquí que uno de los problemas de la “solución jurídica” al terrorismo de Estado es la insuficiencia del castigo alcanzado a través de los tribunales de justicia. Esto ocurre tanto por las bajas penas impuestas en el caso de sentencias condenatorias –lo que se obtiene, por ejemplo, aplicando la “media prescripción”- como por las sentencias que constituyen falsos negativos. Estos últimos comprenden tanto las sentencias absolutorias como los sobreseimientos definitivos dictados producto de la aplicación tanto del Decreto Ley de Amnistía como de la prescripción de la acción penal. Ocurre además que muchos de los casos referidos a la perpetración de crímenes que se insertan en el programa de terror dictatorial están recién siendo reabiertos o fueron ya fallados en los últimos años con sentencias que confirman la absolución de los criminales. Esto resulta particularmente problemático, y en mi opinión, intolerable para el ordenamiento jurídico de una democracia, dado que se trata de absoluciones de personas que, lejos de ser inocentes, sí cometieron crímenes, cuya sanción penal debió ser impuesta: violaciones a los derechos humanos, que merecen a todas luces ser castigadas.

Un ejemplo de esto último, es decir, de una nueva investigación que culmina con una absolución, a lo menos, cuestionable está dado por el así llamado “Caso Quemados”. Este caso consiste en el homicidio de Rodrigo Rojas y el homicidio frustrado de Carmen Gloria Quintana producto de quemaduras provocadas por agentes estatales. Si bien el caso aún no tiene un pronunciamiento definitivo de término, vale la pena detenerse a estudiar la sentencia del Ministro en Visita Extraordinaria, Mario Carroza de marzo de 2019²¹¹. En ella, se condena a 10 personas como autores y cómplices y se absuelve a dos agentes. Respecto de uno de ellos, Fernández Dittus, el jefe de la operación, el ministro reconoció la excepción de cosa juzgada, pese a dar cuenta de que la investigación no respetó las mínimas garantías e imparcialidad del

²¹¹ Corte Suprema. Sentencia de fecha 21 de marzo de 2019, rol N°143-2013.

juzgamiento. En concreto, la Corte sostuvo que, si bien advierte que el proceso anterior en la Justicia Militar careció de objetividad e imparcialidad, en sus etapas posteriores sí cumplió con las garantías de un debido proceso al ser revisada en la Corte Marcial y por medio de un recurso de queja por la misma Corte Suprema, por lo que descarta que se haya sustraído a uno de los responsables de una probable sanción penal o que se haya favorecido su impunidad. En definitiva, lo que ocurrió en este caso fue que Fernández Dittus fue condenado a una pena mucho menor a la que objetivamente merece, de modo que lo que hoy se busca es sustituir esa sentencia por una más severa.

Con este escenario, parece razonable concluir que hasta el día de hoy resulta en cierta medida azaroso el destino procesal de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad durante la dictadura. Azaroso en tanto la absolución o condena –y sus características- de personas que llevaron a cabo crímenes similares o equivalentes, depende de asuntos como: a) la aplicación o no del Decreto Ley de Amnistía; b) la aplicación de la acción de prescripción o no; c) la consideración o no de la operatividad de la fuerza de cosa juzgada de un sobreseimiento producto de la amnistía o la prescripción; d) la aplicación de la “media prescripción”, entre varios otros. Recordemos que la noción de suerte procesal consiste en la imposibilidad del control pleno sobre el resultado del proceso. Y lo que aquí ha ocurrido es que ha habido una total inconsistencia en el modo de tratar el terror en las instancias judiciales, inconsistencia que fue descrita más arriba que, si bien tuvo ciertas etapas jurisprudenciales marcadas, hemos tenido en los últimos treinta años sentencias inexplicablemente disímiles y, muchas de ellas, sustantivamente injustas. Si bien las inconsistencias en las sentencias tienen diversas aristas, en este trabajo se consideran como las más graves aquellas que implican la absolución de violadores de derechos humanos, tal como es el caso de Fernández Dittus.

No interesa aquí atribuirle toda la responsabilidad al poder judicial por sus vaivenes interpretativos, sino que de constatar que la configuración normativa del castigo al terror estatal es deficitaria. Además, si bien pueden existir problemas relacionados a la falibilidad epistémica de los jueces, como pueden ser los errores en los que incurrir a la hora de valorar la prueba rendida en un proceso, no es eso lo que aquí preocupa. No nos referimos entonces a

problemas de *suerte procesal* en sentido amplio, sino que a su sentido estricto. Esto quiere decir que no se trata de problemas que puedan ser neutralizados a través del perfeccionamiento del diseño del proceso. Lo que aquí hay que buscar es maneras de minimizar la posibilidad de terminar con resultados tan distintos frente a crímenes equivalentes, a través de diversos mecanismos. Resulta evidente aquí pensar en la acción de revisión del artículo 473 del CPP, pero cabe recordar que ésta opera sólo tratándose de la condena de inocentes y no de absoluciones de culpables, que es lo que preocupa en este trabajo. En el siguiente apartado se discutirá sobre estos posibles mecanismos.

Carlos Nino realiza una reflexión atinente a este tema, al estudiar el tratamiento argentino del terror dictatorial. La tesis de este autor consiste en que Argentina fue uno de los pocos países en la historia del mundo y el único en Latinoamérica en perseguir a los responsables por violaciones masivas de derechos humanos. Plantea que esto “fue el producto de acciones no coordinadas de varios agentes independientes, y casi todo lo que podría requerirse moralmente bajo las circunstancias, un ejemplo de lo que Bernard Williams llama ‘suerte moral’”²¹². Si bien no comparto totalmente la primera afirmación, resulta interesante observar que este autor también nota que en la condena de los criminales argentinos hubo injerencia de factores de azar moral. Revela que los ordenamientos jurídicos no están preparados para lidiar con este tipo de crímenes; que por lo tanto la justa condena de quienes los perpetraron es un asunto bastante improbable y que está fuertemente marcado por el azar.

III.4. Posibles soluciones

Frente al dilema que plantea la relativa impunidad que existe en Chile debida –entre otras cosas- a la absolución de personas materialmente culpables de crímenes de lesa humanidad, es que cabe preguntarse por mecanismos que permitan al Derecho reducir la posibilidad de que las sentencias recaídas sobre estos casos terminen en resultados absolutorios sustantivamente injustos. Así, existen dos grandes caminos para instaurar estos mecanismos: uno, por la vía de las modificaciones normativas, particularmente a través de la labor legislativa y el otro, por la vía interpretativa de las normas actualmente existentes.

²¹² NINO (1997), p. 285.

III.4.1. Modificaciones normativas

Desde el retorno a la democracia, diversas alternativas han sido debatidas a este respecto, particularmente sobre la vigencia del Decreto Ley de Amnistía. Esta discusión se vio reforzada por lo declarado por la CIDH en esta materia, ordenándole a Chile la derogación del decreto en cuestión. Se han presentado una serie de proyectos de ley que declaran la nulidad del D.L. 2.191 o que lo derogan expresamente. También se presentó un proyecto que plantea la dictación de una ley interpretativa del artículo 93 del Código Penal. El autor de este último proyecto: Juan Bustos, afirma que la ley interpretativa es el medio legítimo y eficaz para establecer que la amnistía, la prescripción y el indulto solo y exclusivamente pueden entenderse como mecanismos político-criminales del Estado en relación a los delitos comunes, pero jamás podrían extenderse a las violaciones de los derechos humanos²¹³. Por su parte, Paulina Veloso plantea que este proyecto de ley no es incompatible con una ley derogatoria; explica que, si se dictaran estas dos leyes, una derogatoria del Decreto Ley de Amnistía, y al mismo tiempo una interpretativa del artículo 93 del Código Penal, se generaría el efecto político y jurídico más completo²¹⁴. Por su parte, María Inés Horvitz plantea que cualquiera de estas leyes, anulatoria o interpretativa, tienen el peligro de enfrentarse a problemas, en su opinión infranqueables, que oponen el principio de legalidad consagrado constitucionalmente en el sistema jurídico chileno²¹⁵. Con todo, no vale la pena adentrarse en los pormenores de cada una de estas alternativas legislativas, pues no es el objetivo de esta investigación y, ninguna de ellas tocarían la cosa juzgada de las sentencias ya firmes.

Otra modificación legislativa que resultaría pertinente para enfrentar este dilema, es la de agregar a las causales del recurso de revisión del CPP, supuestos que permitan revisar sentencias absolutorias, sobreseimientos definitivos injustos y condenas injustamente favorables, en una lógica *contra-reo* y con efecto retroactivo. Esto implicaría asimilarnos a un sistema como el alemán o el austriaco, que ya fueron precedentemente estudiados. Si bien esta modificación sería muy útil para reabrir casos que han terminado con absoluciones injustas, es

²¹³ Véase BUSTOS (2014), p. 108.

²¹⁴ Véase VELOSO (2014), p. 11.

²¹⁵ Véase HORVITZ (2014), p. 101.

necesario que dentro de las causales que habilitan su procedencia haya alguna que permita específicamente revisar los fallos que aquí interesan. Por ello, se necesitaría una causal que, por ejemplo, permitiera revisar sentencias que no se adecúen al derecho internacional humanitario o de modo más preciso, al sistema interamericano de derechos humanos. De lo contrario, si las causales de una eventual revisión *contra-reo* fueran de carácter más genérico, se necesitaría un cambio legislativo adicional para que resultara útil al propósito aquí estudiado. Sería en ese caso necesario, que se aprobara una ley que derogue el Decreto Ley de Amnistía, con efecto retroactivo. De ese modo, podría luego revisarse una sentencia absolutoria al haberse sobreseído a la persona por la aplicación de una ley, para ese entonces, inexistente –siempre que se tipifique una causal que contemple la revisión por aplicación errónea de la ley-.

III.4.2. Maniobras interpretativas

Si bien las maniobras propuestas en el apartado precedente parecen del todo pertinentes - algunas más que otras- creo que, si ya iniciado el año 2020 aún no se ha logrado ninguna modificación normativa en esta materia, más vale abocarse a la búsqueda de maniobras interpretativas que logren el objetivo pendiente, sin depender de la voluntad del poder legislativo. En el siguiente apartado, se estudiará una propuesta que ha sido ampliamente estudiada por el argentino Federico Morensterm quien, siguiendo lo dictado por la CIDH, propone como solución al problema de las absoluciones materialmente injustas en materia de terror estatal la institución de la cosa juzgada fraudulenta o írrita.

III.5. Cosa juzgada fraudulenta

El principio de *ne bis in idem*, como fue estudiado, se materializa de varias formas. Una de ellas consiste en la consagración institucional de la persecución penal única. En este sentido, el principio opera como un mecanismo de clausura del proceso penal. Una vez que una sentencia alcanza la fuerza de cosa juzgada, no podrá ser reabierto el caso sobre el que recayó dicha sentencia. Se podría decir que en este sentido el principio *ne bis in idem* se comporta como un derecho del imputado. Existen diversas razones para reabrir queriendo reabrir procesos y pasar por encima de la fuerza de cosa juzgada de una sentencia firme. La principal razón corresponde

a la injusticia material de una sentencia. Podríamos decir aquí que el interés público por alcanzar procesos justos dirigidos a terminar en veredictos justos se opone al interés individual del justiciable de que su caso no sea reabierto. Eso último resulta aún más evidente cuando la sentencia materialmente injusta en cuestión consiste en una absolución. Pero este derecho o garantía de la persona que se somete a un proceso penal, solo debiese estar justificado en la medida en que el proceso penal sea un *debido proceso*, y no un proceso injusto.

Recordemos que los resultados materialmente injustos pueden obtenerse por motivos tanto procesales como sustantivos. En cualquiera de los casos, el derecho individual del justiciable a que su proceso no sea reabierto, debiese depender de que dicho proceso haya sido enteramente justo. Bien sabemos que los errores procesales existen y que no es posible eliminarlos por completo. Es por ello que, en nuestro sistema jurídico, al considerarse de tal gravedad la condena de inocentes, es posible revisar ese tipo de sentencias pasando justamente por encima de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia y dejando de lado el derecho del justiciable a someterse al proceso sólo una vez. Y lo que se plantea en este trabajo, es que debiese también debiese considerarse grave la absolución de culpables, particularmente tratándose de causas que versan sobre violaciones a los derechos humanos en el contexto del terror estatal. Como dice Morgenstern: “Es obvio que es más grave la condena por error que la absolución por error, pero ese no es un motivo válido para denegar la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento, si se sobreseyó tras un proceso fraudulento”²¹⁶.

¿Por qué se trataría aquí de procesos fraudulentos? La respuesta es simple: cuando el Estado cierra una investigación o sobresee definitivamente a un individuo aplicándole el Decreto Ley de Amnistía o la acción de prescripción de la acción penal en el contexto de delitos de lesa humanidad, da cuenta de que el Estado nunca estuvo realmente interesado en perseguir a nadie. Este es justamente el principal punto que plantea la doctrina de la cosa juzgada írrita: no se puede tomar como válida la cosa juzgada de una sentencia que fue fruto de un proceso en el que no hubo nunca real voluntad persecutoria. El Estatuto de Roma reconoce esta institución en el inciso 3º de su artículo 20, diciendo que la Corte no reconocerá la fuerza de cosa juzgada si es que el proceso “no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas

²¹⁶ MORGENSTERN, Federico (2015), p. 68.

por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.

Entonces, la cosa juzgada fraudulenta o írrita es un mecanismo que permite la revisión y reapertura de procesos penales donde se dictaron absoluciones “contaminadas” sin previo riesgo procesal genuino. Se trata de una institución que busca oponerse a aquellos mecanismos jurídicos que buscan propiciar la impunidad. Es en este sentido que Morgersern plantea que cuando la exploración judicial no se encaminó a la búsqueda de la verdad, sino a rescatar y sobreseer a quien fue objeto de una hipótesis delictiva plausible, la firmeza del sobreseimiento no tiene que ser inmutable. Para el autor, en los casos de cosa juzgada fraudulenta no hay doble persecución, porque la primera no puede ser considerada tal²¹⁷. Es por esto que esta institución acarrea la nulidad del proceso y abre la posibilidad a una nueva persecución penal.

La CIDH tiene una amplia jurisprudencia en la materia. Justamente en el caso Almonacid -que fue precedentemente estudiado- la Corte utiliza el argumento de la cosa juzgada fraudulenta para dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema chilena y ordenar la reapertura de la causa. En el transcurso del proceso del caso Almonacid, posterior al fallo de la CIDH, la Corte de Apelaciones de Rancagua se pronuncia lúcidamente sobre el asunto:

“8.- Que, por lo demás, el Estado de Chile no podía ignorar que la Corte Interamericana ya había asentado desde hace tiempo la doctrina jurisprudencial de la cosa juzgada aparente o fraudulenta, según la cual cuando en su concepto se ha terminado un proceso criminal, por fallo firme o por sobreseimiento, sin el verdadero propósito de cumplir con el amparo judicial a que tiene derecho quien lo haya requerido, sino sólo como medio de asegurar una impunidad, o cuando una decisión de condena vulnera, también, garantías fundamentales reconocidas en la Convención Americana, tales decisiones, aunque estén firmes conforme a normas de derecho interno, no producen realmente cosa juzgada, ni tampoco generan (las del primer grupo) el efecto protector de la llamada regla del ne bis in idem, porque son precisamente ellas las que configuran la infracción a la Convención Americana, y un acto infractor, vulnerador de garantías fundamentales, no puede tener efecto jurídico, so pena de desbaratarse todo el sistema de protección que la Convención de que se trata prevé. (...) De este modo, es innegable que el Estado de Chile sabía, o no podía menos que saber, que para la doctrina de la Corte Interamericana la cosa juzgada no es obstáculo para ordenar reabrir

²¹⁷ Véase MORGENSTERN (2015), pp. 33 ss.

procesos y perseguir responsabilidades, si estima que esa cosa juzgada califica como fraudulenta o aparente, según lo decida su propio fallo.

En tales circunstancias, la decisión política de mantener a Chile bajo la jurisdicción de ese tribunal internacional, admitiendo como obligatorios para el país sus fallos, implicaba el riesgo cierto de tener que cumplir alguno que, precisamente, desbaratará un efecto interno de cosa juzgada, como ahora ha ocurrido. Si esto se decidió, aunque fuera por omisión, por los poderes políticos, la Judicatura no puede cargar con la responsabilidad de desvincular de facto al país de un tratado vigente, negándose a cumplir un fallo que ni siquiera plantea un escenario nuevo o desconocido, en la trayectoria jurisprudencial de la Corte Interamericana. Que eso suponga constituir a la Corte Internacional en una suerte de tribunal de nulidad respecto de fallos nacionales, es evidente. Pero que eso sea conveniente o no, es asunto que surge como debatible desde mucho antes de la decisión internacional que ahora cumplimos; surge desde que la Corte Interamericana elabora su doctrina de la cosa juzgada aparente o fraudulenta. Pero entonces, de nuevo, son los poderes políticos quienes han de evaluar hasta qué punto una Corte con facultades tales afecta nuestra propia soberanía y hasta qué punto estiman admisible que el país continúe sometido a esa jurisdicción. El Poder Judicial, ajeno a esas evaluaciones y decisiones, no puede, entretanto, más que cumplir aquello a que el Estado todo sigue obligado, por un tratado vigente.”²¹⁸

Si bien esta sentencia está fallando precisamente el caso Almonacid, caso en el que la CIDH ordena expresamente a Chile desconocer la fuerza de cosa juzgada del sobreseimiento por amnistía, la Corte de Rancagua va más allá: sostiene que todas las causas que fueron sobreseídas fraudulentamente, debiesen ser reabiertas. Lamentablemente, el resto del poder judicial no ha seguido las palabras de dicha Corte y no ha habido ningún otro caso en el que se haya desconocido la fuerza de cosa juzgada de un sobreseimiento por amnistía basado en la doctrina de la cosa juzgada írrita. El problema es que el derecho chileno no reconoce la operatividad de esta doctrina, y la Corte Suprema no ha querido aplicarla o reconocerla más allá del caso Almonacid. Como dice Mañalich, el reconocimiento institucional que hace la CIDH de la invalidez del D.L. 2.191 debiese consistir, en términos de principio, en la invalidación de aquellas sentencias que a través de su aplicación hayan pronunciado los

²¹⁸ Corte de Apelaciones de Rancagua. Sentencia de fecha 14 de enero de 2013, rol N°103-2011.

correspondientes sobreseimientos definitivos²¹⁹.

III.5.1 Operatividad de la construcción

Más allá de lo prescrito por la jurisprudencia de la CIDH, es interesante estudiar cómo puede ser importada la construcción de la cosa juzgada írrita para la aplicación del derecho interno. En el caso argentino, la legislación doméstica no prevé un correctivo legal explícito contra la cosa juzgada írrita, pero la jurisprudencia ha elaborado a través del tiempo una verdadera acción de nulidad vía pretoriana²²⁰. El mecanismo utilizado es el de la Acción Autónoma de Nulidad, que es una verdadera construcción jurisprudencial de la Corte Suprema de ese país. Para ellos, no existen inconvenientes para deducir la revisión de la cosa juzgada fraudulenta no obstante la circunstancia de que la ley procesal no legisle expresamente sobre esa vía autónoma.

En el caso chileno, una construcción jurisprudencial de nuestro poder judicial de ese calibre resulta inverosímil, en mi opinión. Sin embargo, la Corte Suprema chilena podría buscar sus propios mecanismos para acoger la doctrina de la cosa juzgada írrita. Esto podría ocurrir, por ejemplo, argumentando su procedencia en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Chile al someterse a las normas e instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos, tal como lo propone la Corte de Apelaciones de Rancagua en el fallo citado más arriba.

Cabe decir que la cosa juzgada írrita en Chile debiese ser aplicada no sólo para los casos de sentencias absolutorias producto de la aplicación del Decreto Ley de Amnistía, sino que también en las absoluciones sustentadas en la prescripción de la acción penal. Pues, si bien la Corte en los últimos años ha sido reticente a aplicar el Decreto Ley de Amnistía, ha persistido en acoger la prescripción y de este modo terminar las causas sin la debida obtención de justicia, tal como ocurrió en el caso de Jaqueline Binfa²²¹. Del mismo modo, el decaimiento

²¹⁹ Véase MAÑALICH (2010), p. 191.

²²⁰ Véase MORGENSTERN (2015), pp. 111 ss.

²²¹ Corte Suprema. Sentencia de fecha 22 de enero de 2009, rol N°2182-98.

de la fuerza de cosa juzgada debiese operar también para aquellos casos que no culminaron propiamente en absoluciones de culpables, sino que, tanto en condenas injustamente favorables como en sobreseimientos definitivos. Estos últimos, tal como se expuso a lo largo de este trabajo, son resoluciones que –siendo también un tipo de *falsos negativos*- aún representan uno de los mayores nudos en el tratamiento judicial del terror estatal.

CONCLUSIÓN

Este trabajo se ha aproximado al problema del tratamiento jurídico del terror estatal desde una nueva perspectiva: desde la óptica de la suerte moral. Esta discusión filosófica ha permitido exponer de un modo poco tradicional algunas deficiencias de nuestro sistema procesal penal. La presente investigación incorporó una serie de variables filosóficas y procesales para llegar a preguntarse acerca del modo en el que nuestro ordenamiento jurídico, a más de 30 años de finalizada la dictadura, ha sido y está siendo capaz de dar respuesta a los crímenes cometidos por agentes estatales. Si bien puede resultar exagerado hablar de una impunidad plena de los perpetradores de ese terror, no deja de ser alarmante la cantidad de causas en las que aún no se obtiene justicia material. Si bien este problema dice relación con un sinnúmero de causas, me parece particularmente preocupante que sigamos teniendo condenas con muy bajas penas, así como sobreseimientos definitivos y absoluciones injustos como los fueron aquí estudiadas.

Cuando adoptamos una perspectiva ingenua de la suerte moral, asumimos que el azar estará presente de algún u otro modo en todas las esferas de nuestra vida. Decidimos vivir con esta sensación y soportamos muchas de sus implicancias. Pero resulta de cierto modo insoportable constatar a qué nivel resulta azaroso si una persona que hizo desaparecer a otra (o torturó, asesinó, etcétera) durante la dictadura terminará condenada, absuelta, o condenada a una pena irrisoria. Tan incierto es este asunto, que dos causas equivalentes pueden terminar con resultados opuestos sólo por el hecho que en una de ellas el tribunal que conoce del caso hizo una determinada interpretación del artículo 418 del Código de Procedimiento Penal debe ser interpretado de determinada manera o porque decidió aplicar la “doctrina Aylwin”. Recordemos que puede ocurrir que una causa que haya sido sobreseída previo a la aplicación de esta doctrina, sin siquiera obtener una investigación judicial, pueda en un segundo momento ser reabierta y terminar con una condena justa. Esto mientras que la otra causa, en la que sí se investigó y se determinó quiénes eran los culpables, se cierra con un sobreseimiento definitivo, de modo que la causa no ha podido posteriormente ser reabierta y, por lo tanto, no ha habido castigo alguno. Creo que la adopción institucionalizada de la doctrina de la cosa juzgada írrita puede ser una buena alternativa. Si bien su aplicación no va a solucionar gran

parte de los problemas asociados al tratamiento judicial del terror estatal, por lo menos podrá permitir que sea menos azarosa la posibilidad de obtención de un castigo justo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCATINO, Daniela (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXXVII), pp. 483-511.
- ACCATINO, Daniela (2016): “Prueba, verdad y justicia de transición. Comentario de la sentencia en el caso Magni y Pellegrin”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. XXIX N°1), pp. 337-361.
- ACCATINO, Daniela (2019): “¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición”, en *Política Criminal* (vol. 14, N°27).
- AGUILAR, Gonzalo (2008): “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, en *Ius et Praxis* (Año 14, N°2), pp. 147-208.
- ARENDT, Hannah (1999): *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- ARENDT, Hannah (2003): *Eichmann en Jerusalén*. Barcelona: Lumen.
- ARENDT, Hannah (2009): *La condición humana*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- ANSHORTH, Andrew y PLAYER, Elaine (2005): “Criminal Justice Act 2003: The Sentencing Provisions” en *The Modern Law Review* (N°68), pp. 822-838.
- ATRIA, Fernando (2003). “La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho”, en *Estudios Públicos* (N° 91), pp. 45-89.
- ATRIA, Fernando (2004): “Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo” en *Revista de Estudios de la Justicia* (N°5).
- BASCUÑÁN, Antonio (2004): “El derecho penal chileno ante el Estatuto de Roma”, en *Revista de Estudios de la Justicia* (N°4), pp. 111-122.
- BAYÓN, Juan Carlos (2000): *Derechos, democracia y constitución*. Cartagena: Discusiones (vol. I), pp. 65-94.
- BAYÓN, Juan Carlos (2010): “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, en *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*. (vol 2, N°4).
- BEADE, Gustavo (2017): *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*. Madrid: Marcial Pons.

- BEADE, Gustavo y LORCA, Rocío (2017): “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social” en *Isonomía*, vol. 47: 135-164.
- BELING, Ernst (2018): *Derecho procesal penal*. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- BERNSTEIN, Richard (2005): *El mal radical*. Buenos Aires: Lilmod.
- BUSTOS, Juan (2014): “Proyecto de Ley Interpretativa del artículo 93 del Código Penal”, en Paulina Veloso (Editora): *Justicia, Derechos Humanos y el Decreto Ley de amnistía*. Santiago: PNUD.
- CASARINO, Mario (2012): *Manual de derecho procesal*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica.
- CASTILLO, Ignacio (2013): “Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes)”, en: *Política Criminal* (vol. 8, N°13), pp. 249-313.
- CAUCOTO, Nelson (2016): “Entrevista a Nelson Caucoto, por Francisco Jara Bustos”, en *Anuario de Derechos Humanos* (N°12), pp. 253-259.
- CELANO, Bruno (2001): “Justicia procedimental pura y teoría del derecho”, en *DOXA* (N° 24), pp. 407-427.
- CORREA, Cristián (2014): “El Decreto Ley de Amnistía: orígenes, aplicación y debate sobre su validez”, en Paulina Veloso (Editora): *Justicia, Derechos Humanos y el Decreto Ley de amnistía*. Santiago: PNUD.
- DUCE, Mauricio (2013): “Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? antecedentes comparados y locales para el debate”, en *Revista Ius et Praxis*, (N°1), pp. 77-138.
- DUCE, Mauricio (2015): “La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el periodo 2007-2013”, en: *Política Criminal* (vol. 10, N°19), pp. 159-191.
- ENOCH, David (2007): “Luck Between Morality, Law, and Justice” en *Theoretical Inquiries in Law* (vol 9, N°23), pp. 23-59.
- ENOCH, David (2010): “Moral Luck and the Law” en *Philosophy Compass* (vol. 5), pp. 42-54.

- FERNÁNDEZ, José Manuel y OLAVARRÍA, Malva (2009): “Teoría y práctica de la acción de revisión en el nuevo Código Procesal Penal, causal letra d) del artículo 473”, en *Ius et Praxis* (vol. 15, N°2), pp. 215-255.
- FERNÁNDEZ, José Manuel y OLAVARRÍA, Malva (2018): “Examinando de nuevo la acción de revisión”, en *Política Criminal* (vol. 13, N°26), pp. 1190-1285.
- FERNÁNDEZ, Karinna (2010): “Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar”, en *Estudios Constitucionales* (Año 8, N°1), pp. 467-488.
- FERRER, Jordi (2005): *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER, Jordi (2008): *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER, Jordi (2012): “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia” en *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid: Marcial Pons
- GALDÁMEZ, Liliana (2012): “Incidencia de los tratados y del ius cogens internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile”, en *Revista de Derecho Público* (N°77), pp. 295-319.
- GANS, Chaim (2008): “A comment on Jeremy Waldron’s ‘Lucky in your judge’”, en *Theoretical Inquiries in Law*, (vol 9, N°1).
- GUTIÉRREZ, Hugo (2014) “Análisis de la jurisprudencia nacional sobre amnistía: casos relevantes y estado actual”, en Paulina Veloso (Editora): *Justicia, Derechos Humanos y el Decreto Ley de amnistía*. Santiago: PNUD.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2008): “Chile” en *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2009): “Chile” en *Justicia de Transición*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer.
- HACKER, Daphna (2008): “Lack of luck in the courts: A Comment on Menachem Mautner”, en *Theoretical Inquiries in Law*, (vol 9, N°1).
- KELSEN, Hans (2001): *Teoría pura del Derecho*. Lima: Universidad Nacional Autónoma de México.
- HORVITZ, María Inés (2006): “Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile”, en *Anuario de Derechos Humanos 2006*.

- HORVITZ, María Inés (2014): “Crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad”, en Paulina Veloso (Editora): *Justicia, Derechos Humanos y el Decreto Ley de amnistía*. Santiago: PNUD.
- LARROUCAU, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 39, No 3), pp. 783-802.
- LASCURAÍN, Antonio y GASCÓN, Fernando (2018): “¿Por qué se conforman los inocentes?”, en: *InDret* 3/2018. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1400.pdf> [última consulta: 11.05.2019].
- LAUDAN, Larry (2006): *Truth, Error, and Criminal Law* (Cambridge, Cambridge University Press)
- LAUDAN, Larry (2005): “The presumption of innocence: Material or Probatory?”, en *Legal Theory*, (Nº11), pp. 333-361.
- LÓPEZ, Julián y HORVITZ, María Inés (2004): *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MALAMUD, Jaime (2008): *Suerte, acción y responsabilidad: un ensayo sobre suerte, moralidad y castigo*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2007): “La pena como retribución”, en *Revista de Estudios Públicos*, (Nº108), pp. 117-205.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010): *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011): “El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, (Nº15).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2016): “Terror, memoria y archivos”, en *Anuario de Derechos Humanos* (Nº12), pp. 173–189.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018): “El procesamiento transicional del terrorismo de estado a veinte años del caso Pinochet”, en *Revista Anales* (Séptima Serie. Nº15/2018).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2020a): “*Justicia, procedimiento y acción de revisión. El principio de culpabilidad frente a la cosa juzgada*”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 26, Nº 1), pp. 28 – 56.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2020b): “Culpabilidad y Justicia Procedimental”, en Andrea Perin (Editor): *Imputación Penal y Culpabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- MAÑALICH, Juan Pablo (2020c): “Homicidio alevoso, intervención delictiva y prescripción gradual. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso «Villa Grimaldi» (rol 1734-2017)”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, (Nº32).
- MATURANA, Cristian y MOSQUERA, Mario (2017): *Los recursos procesales*. 3º edición. Santiago: Editorial Jurídica.
- MAUTNER, Menachem (2008): “Luck in the Courts”, en *Theoretical Inquiries in Law*, (vol 9, Nº1).
- MERY, Héctor (2012): “Algunas notas sobre el error judicial, el recurso de revisión y la responsabilidad del estado en materia penal. Comentario a dos sentencias de la Excm. Corte Suprema”, en *Sentencias Desacadas 2011*, Ediciones Libertad y Desarrollo.
- MORGENSTERN, Federico (2015): *Cosa Juzgada Fraudulenta*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- NAGEL, Thomas (1979): *Mortal Questions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NIEVA, Jordi (2010): *La cosa juzgada, el fin de un mito*. Santiago: Abeledo-Perrot; Legalpublishing.
- NIEVA, Jordi (2011): *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Edisofer.
- NINO, Carlos (1997): *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Editorial Emecé.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001): *Diccionario de la lengua española*. 22ª edición. Madrid.
- RAWLS, John (2006): *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- ROSELL, Sergi (2016): “Nagel y Williams acerca de la suerte moral”. *Revista de Filosofía* 31: 143-165.
- SANCINETTI, Marcelo (1991): *Teoría del Delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de la acción*. Buenos Aires: Hammurabi.
- SCHLEIDER, Tobías (2011): *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- VALENZUELA, Jonatan (2013): “Inocencia y razonamiento probatorio” en *Revista de Estudios de la Justicia*, (Nº18).

- VALENZUELA, Jonatan (2017): *Hechos, pena y proceso*. Santiago: Rubicón.
- VELOSO, Paulina (2014): “Introducción”, en Paulina Veloso (Editora): *Justicia, Derechos Humanos y el Decreto Ley de amnistía*. Santiago: PNUD.
- WALDRON, Jeremy (2008): “Lucky in your judge”, en *Theoretical Inquiries in Law*, (vol 9, N°1).
- WILLIAMS, Bernard (1981): *Moral Luck*. Philosophical Papers 1973-1980. Cambridge: Cambridge University Press.
- ZALAUQUETT, José (2000): “La mesa de diálogo sobre derechos humanos y el proceso de transición política en Chile”, en *Estudios Públicos* (N°79).

INFORMES:

- Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, 2 vols., Santiago de Chile, 1991.
- Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, Santiago de Chile, 2005.
- Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2019*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- Principales hitos jurisprudenciales, judiciales y legislativos en causas de DDHH en Chile 1990-2019*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

NORMAS CITADAS:

Chilenas:

- Código Procesal Penal
- Código de Procedimiento Penal
- Código de Procedimiento Civil
- Código Penal
- Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público

Extranjeras:

Ordenanza Procesal Penal alemana

Código Procesal Penal austriaco

Código Procesal Penal italiano

Ley de Enjuiciamiento Criminal española

Código Procesal Penal argentino

Criminal Justice Act británica

Ley de Justicia y Paz colombiana

Internacionales:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convención Americana de Derechos Humanos

Convenios de Ginebra

Estatuto de Roma