Informe de Investigación

Número 17 / Año 5 / Agosto 2003

Nuevo estándar de convicción

Cristián Riego Ramírez

CIJ CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS
FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Resumen

Una de las instituciones más importantes y, paradójicamente, menos estudiadas desde el advenimiento del nuevo proceso penal ha sido el juicio oral y, en particular, el nuevo estándar de convicción que introduce para que el tribunal de juicio oral en lo penal pueda condenar a un imputado.

El Código Procesal Penal cambió el estándar de convicción desde la plena certeza a un estándar que solo exige que el tribunal haya alcanzado la convicción más allá de una duda razonable. Este nuevo parámetro significa una reducción en el estándar de convicción necesaria para condenar a alguien, lo que se justifica en razón de la lógica del juicio oral y las garantías que subyacen a su funcionamiento.

Una de las características centrales del modelo inquisitivo es que descansa en un sistema probatorio extremadamente reglado, lo que, junto al estándar de convicción de la plena certeza, busca una fiel reproducción de la verdad histórica. Sin embargo, este alto nivel de exigencia que el sistema demanda del proceso penal funciona por medio de una gran desprotección del imputado en la etapa de investigación, privilegiando su confesión.

El nuevo proceso penal, en cambio, se basa en el juicio oral como el mecanismo más eficaz para discutir la prueba y, al final, para obtener la mejor calidad de información que un sistema de justicia criminal puede alcanzar en un contexto respetuoso de las garantías del imputado. En este escenario restringido de información el sistema asume que el nivel de certeza para condenar no puede ser absoluto ni indubitado y, por lo mismo, reduce el estándar de convicción aceptando la posibilidad de condena con limitaciones de información, a menos que las dudas alcancen el nivel de razonables.

Este trabajo pretende presentar una tesis acerca de lo que debe entenderse como duda razonable y esbozar algunos criterios para identificar cuándo una duda alcanza esa condición.

NUEVO ESTÁNDAR DE CONVICCIÓN

Cristián Riego Ramírez

COLECCIÓN INFORMES DE INVESTIGACIÓN
Número 17 / Año 5 / Septiembre de 2003
20 págs.

Registro de Propiedad Intelectual N° 135.546

Nuevo estándar de convicción

Cristián Riego Ramírez[1]
Profesor de Derecho Penal e investigador de la Universidad Diego Portales

El Código Procesal Penal introduce un sistema completamente nuevo en cuanto al estándar de convicción que el tribunal fallador debe alcanzar para dar lugar a una condena. Este nuevo estándar aparece expresado en el artículo 340 que exige que el tribunal *"...adquiriere, más allá de una duda razonable, la convicción..."* de la ocurrencia del hecho y la participación del acusado[2]. Esta norma viene a remplazar la del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal que requiere para la condena que el juez haya adquirido: *"...por los medios de prueba legal, la convicción de que se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley"*.

Esta cláusula fue incorporada al nuevo Código Procesal Penal en la etapa final de su discusión parlamentaria y, en consecuencia, no fue objeto de las discusiones y explicaciones académicas previas que abarcaron a las instituciones más importantes del Código. La

1 El autor es profesor de Derecho Procesal Penal e investigador de la Universidad Diego Portales, fue director de la comisión que redactó el proyecto de nuevo Código Procesal Penal y participó como asesor en la discusión del mismo en el Congreso Nacional.

2 El texto completo del artículo señala: "*Convicción del tribunal.* Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, **más allá de toda duda razonable**, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración". (la negrilla es nuestra).

motivación para su inclusión provino de la experiencia práctica en el funcionamiento del juicio oral adquirida por algunos de los académicos que participamos en el proceso de reforma, en el contexto de programas de entrenamiento de destrezas de litigación y en simulaciones de juicios que tuvieron lugar paralelamente a la discusión legislativa. En el desarrollo de estas actividades, en muchas de las cuales tomaron parte jueces y abogados con experiencia en el viejo sistema, constatamos que la magnitud del cambio en el sistema probatorio derivado de la introducción de la oralidad era bastante mayor de lo que imaginábamos originalmente, y una de las preocupaciones que surgió, de la cual deriva la cláusula objeto de este estudio, fue la de constatar que se requería dar una señal muy potente en cuanto a la necesidad de utilizar al juicio oral como un mecanismo intenso para el análisis de la prueba en contextos de información restringida. Esta motivación produjo otros cambios importantes respecto del proyecto original, en especial en las reglas que regulan la prueba y el modo en que esta se debe presentar en el juicio, todos los cuales estuvieron inspirados por la misma dinámica que, a la larga, hicieron que el juicio oral chileno tomara un carácter marcadamente más adversarial que los que se han generado tanto en otros países de América Latina[3], como los que existen en Europa continental, y que habían sido los modelos considerados originalmente[4].

En el tiempo en que el proceso de reforma lleva funcionando[5], nuestra percepción es que esta cláusula se ha aplicado generalmente de modo consistente con la lógica del juicio oral. Sin perjuicio de lo anterior, existen algunos fallos[6] que dan cuenta de

3 De hecho, en el informe comparativo del CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), a propósito de un estudio empírico sobre la implementación de los procesos de la reforma en algunos países de la región, específicamente en Chile, Córdoba (Argentina), Costa Rica y Paraguay, se señala que "Aparentemente, los resultados de este aspecto de la reforma (lo relativo al modelo de juicio) son bastante disímiles. En el caso de Chile se ha logrado el establecimiento de un **juicio oral cuyo desarrollo se apega bastante a la noción más adversarial**, en que los jueces intervienen muy limitadamente y en que el centro de la actividad probatoria está entregada a las partes". Informe Comparativo Proyecto "Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en A"Úrica Latina", en http://www.ceja.cl/informes/comparativos/informecomparativo_completo.pdf., en especial pp. 46 a 60 (la negrilla es nuestra). En el mismo sentido *vid.* BAYTELMAN, Andrés (redactor), *"Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena"*, para quien "la oralidad (...) se ha instalado como el principal paradigma procesal en las nuevas prácticas, las audiencias son, en grandes rasgos, genuinas audiencias", p. 14.

4 Ilustrativas, en este aspecto, son las expresiones de RODRÍGUEZ, quien al referirse al modelo de juicio oral de Córdoba –que fue donde se originó el proceso de reforma hacia la oralidad en la región–, señala: "Quien sabe, lo que nunca entendieron los partidarios de la Escuela Procesal de Córdoba, es el significado del juicio. Obsesionados como estaban en su idea fanática de la persecución de todos los delitos, de averiguar precisa y exactamente la verdad real del hecho investigado (...), olvidaron de un modo perverso, por su puro afán de poder, de ejercicio irracional del poder que el Estado había delegado en la jurisdicción, los razonamientos más simples acerca de esta parte del proceso: el juicio", RODRÍGUEZ, *Comentarios al nuevo CPP Córdoba*, citado por BOVINO, Alberto, "El Debate" en MAIER, Julio B.J. (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores del Puerto, Bs. Aires, 1993, p. 194.

5 Aun cuando a esta altura es sabido que el proceso de implementación de la reforma procesal penal en nuestro país se ha hecho en forma gradual, esto es, por regiones, conviene señalar que la reforma actualmente se encuentra en plena vigencia en las regiones I, II, III, IV, VII, IX, XI, XII, y que al 16 de diciembre de 2004 debiera estar funcionado en todo el país.

6 Así, por ejemplo, en la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral de Curicó, del 11 de julio de 2002, contra Miguel Ángel Muñoz Allendes y Juan Carlos Salgado Lienan, por el delito de robo con violencia o intimidación, el magistrado Hermosilla en voto disidente señaló: "4°.– Que, aun cuando toda la prueba producida haya sido apreciada libremente por los falladores, con las limitaciones y en la forma antedichas, debe traspasarse una barrera más alta aún, que es la convicción, más allá de toda duda razonable, de que realmente se haya cometido el hecho punible motivo de la acusación del Ministerio Público y que en él haya correspondido a los acusados una participación culpable y penada por la ley;

5°.- Que, cabe concordar las razones anotadas con la presunción de inocencia que protege a los encausados, de donde se desprende lógicamente que **el estándar de prueba que se necesita para condenar, debe necesariamente ser mucho más alto que el que se le exigía a los falladores del antiguo sistema procesal penal** (...) ;" (la negrilla es nuestra).

problemas en su comprensión y, asimismo, algunos programas de capacitación han transmitido a los actores del sistema nociones que consideramos erradas en torno a la cuestión en comento. Es a partir de estos problemas que surge la motivación de hacer una explicación más detallada acerca de lo que esta cláusula pretende expresar.

Este nuevo estándar de convicción, al que en general no se ha otorgado la misma atención que a otras instituciones del nuevo Código, constituye en nuestra opinión una de las piezas fundamentales de su estructura. En este trabajo intentaremos explicar que esta nueva regla debe ser entendida como una rebaja de los requerimientos de convicción respecto del antiguo sistema. Mostraremos, también, cuál es el fundamento de esta reducción, sus vinculaciones con una mayor protección de la persona del imputado en las etapas iniciales del procedimiento y con el funcionamiento del juicio oral como sistema destinado a resolver controversias. Finalmente, intentaremos presentar algunos criterios destinados a aplicar correctamente el concepto de duda razonable contenido en el nuevo estándar de convicción.

EL SISTEMA INQUISITIVO; EL ESTÁNDAR DE PRUEBA Y LA TORTURA

Para comprender el modo en que esta cuestión aparece regulada en el antiguo Código de Procedimiento Penal es necesario entender la lógica del sistema inquisitivo[7], la que se refleja de manera más clara en sus expresiones más clásicas[8]. Una de las características más usuales de los sistemas inquisitivos tradicionales es la existencia del sistema de prueba legal o tasada que establecía, entre otras cosas, requisitos muy exigentes para la condena. En palabras de Langbein, este elevado nivel de exigencia probatoria se reflejaba en la regla de que la condena tenía que ser fundada en dos testigos oculares inobjetables en relación a la comisión del hecho –prueba que debía ser, según la famosa frase, "clara como el sol del mediodía"–. Sin esos dos testigos, un tribunal penal no podía condenar al acusado que negara los cargos formulados en su contra[9]. En térmi-

7 Varias son las maneras de definir los modelos inquisitivo y acusatorio, y de hecho esto no es una cuestión pacífica; sin embargo: definiremos, siguiendo a FERRAJOLI, como modelo **Inquisitivo** a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos del imputado. A la inversa, entenderemos por sistema **Acusatorio**, a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Trad. Perfecto Ibáñez y otros, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 564. Respecto a la discusión en torno a la clasificación y la utilidad de la dicotomía Acusatorio-Inquisitivo, véase DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Ediciones Universidad Diego Portales, Stgo., 2002, pp. 38 a 43. Además, sobre este punto, véase LANGER, Máximo "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado" en HENDLER, Edmundo (comp.) *Las garantías penales y procesales; Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Bs. Aires, 2001, pp. 239 y ss.

8 Cabe destacar, como sostiene FERRAJOLI, que el sistema inquisitivo habría tenido un origen en algunos procesos penales de la Roma Imperial y que, en verdad, la inquisición habría reaparecido en siglo XIII, específicamente con las Constituciones de Federico II y los procesos eclesiásticos por los delitos de herejía y brujería. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 565. En el mismo sentido véase FOUCAULT, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, 8° reimpresión, Barcelona, 2001, pp. 78 a 80. Sin embargo, es indudable que fue en el siglo XII donde finalmente se asentó la inquisición para no moverse en un buen tiempo, en este sentido, véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 249 y ss. MAIER Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, fundamentos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2ª edición, 1999, pp. 288 y ss. En esta misma obra también se incluye un análisis histórico del inquisitivo.

9 LANGBEIN, John, "Tortura y *Plea Bargaining*", en MAIER, Julio B.J. y BOVINO, Alberto (comps.) *El Procedimiento Abreviado*, Editores Del Puerto, 2001, p. 5.

nos generales, podemos decir que en esos sistemas la exigencia de la reconstrucción de la verdad histórica exigía alcanzar la plena certeza tanto de la ocurrencia del hecho como de la participación del imputado. Este estado de plena certeza suponía la supresión de cualquier forma de duda y requería, en consecuencia, de la existencia de pruebas capaces de lograrlo. Esto es, pruebas que dieran cuenta de los hechos de modo tan claro y directo que permitieran suprimir por completo cualquiera otra versión que aquella que daba lugar a la condena.

Esta exigencia probatoria tan alta se expresaba en concreto en la fórmula de la llamada plena prueba. De acuerdo con ella, una condena debía basarse en prueba que alcanzara esa categoría y, para eso, la ley indicaba qué medios de prueba y bajo qué supuestos eran capaces de producir el efecto requerido de supresión completa de la duda[10]. Ahora bien, esa exigencia probatoria importaba un esfuerzo del sistema legal por perfeccionar el modelo de enjuiciamiento criminal, básicamente como una forma de excluir lo más posible la posibilidad de condenar a un inocente[11].

Sin embargo, este exigente estándar de prueba requerido por el sistema inquisitivo acabó siendo "demasiado" rígido para lo que una sociedad estaba dispuesta a tolerar, básicamente porque permitía condenar solo ante dos hipótesis, a saber, la eventualidad de un delito flagrante, o la confesión del imputado. Así, entonces, como resultado lógico de la pretensión de conseguir pruebas que no dejaran espacio a la duda, que produjeran plena certeza, en fin, que dieran cuenta de una cierta verdad, el sistema inquisitivo dirigió su mirada preferentemente –en todos los casos que no fueran flagrantes, que por lo demás son los más– hacia la persona del imputado y a su confesión[12]. De hecho, la historia inquisitiva demuestra hasta la saciedad cómo la instrucción procesal se dirigió, básicamente, al interrogatorio del imputado en procura de la extracción de la "máxima verdad" [13], incluso con el uso de técnicas sofisticadas de tortura[14]. Como señala Ferrajoli, el interrogatorio del imputado representaba el "comienzo de la guerra forense", es decir, *"el primer ataque"* del acusador contra el reo para obtener de él, *por cualquier medio*, la confesión[15]. En el mismo sentido, y en palabras de Maier, "la exigencia para condenar que imponía la ley debió conducir naturalmente a aceptar la tortura del reo para que confesara, pues, de otra manera, debió resultar muy difícil condenar"[16]. Es bastante cla-

10 Al respecto, véase, LANGBEIN, John, *Torture and the law of proof: Europe and England in the ancient regime*, University of Chicago Press, Chicago, 1977. En el mismo sentido, véase FERRAJOLI, Luigi, *op. cit*, pp. 134.

11 LANGBEIN, John, *op. cit.* supra nota 9, p. 6. MAIER critica esa posición, argumentando que la verdad es otra; que el sistema no puede funcionar sin la autorización para obtener la confesión compulsivamente, mediante la tortura, centro de gravedad de toda la investigación, y que la regulación probatoria solo cumple el fin de requerir mínimos recaudos para posibilitar el tormento". MAIER, Julio B.J. *op. cit. supra* nota 8, p. 448.

12 Para MAIER, la confesión se transformó en un fin del procedimiento –"el precio de la victoria"– y, por ende, cualquier medio útil para obtenerla se reputaba legítimo: la prisión, el ayuno obligado, la vigilancia para evitar actos privados del imputado o sorprenderlo en ellos y, por fin, el tormento físico. MAIER, Julio B.J., *op. cit.*, p. 292.

13 BUENO DE CARVALHO, *"Nós, juízes, inquisidores"*, última vez revisado en http://www.justiciacriminal.cl/trabajos.htm.

14 Respecto del tema de la tortura, y su utilización en el ámbito del procedimiento inquisitivo, véase, MELLOR, Alec, *La Tortura*, Ed. Estela, 1964; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La Tortura Judicial en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid,1997; FOUCAULT, Michael, *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*, 36 ed., Siglo XXI, México D.F. 1997.; MAIER, Julio B.J., *op. cit.*, p. 297 a 299; BECCARIA, Cesare *De los Delitos y de las Penas*, 2a. ed. rev., Temis, Bogotá,1990; PAILLAS, Enrique *Derecho Procesal Penal*, Vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 1984 p. 38 a 45.

15 FERRAJOLI, Luigi, *op. cit. supra* nota 7, p. 607. En el mismo sentido, véase, TEDESCO Ignacio, "La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado", en HENDLER, Edmundo (comp.), *op. cit.*, p.34 (la cursiva es nuestra).

16 MAIER, Julio B.J., *op. cit.* p. 299.

ro que la fuente más directa y cierta de información fidedigna es el propio imputado, él sabe si cometió o no el delito, y en el primer caso sabe cómo lo cometió, conoce todos los detalles sobre las circunstancias del hecho, los que serían imposibles de saber para quien no hubiese participado en la comisión del delito. Esta capacidad del imputado de dar cuenta de los detalles permite descartar confesiones falsas, entregadas por temor, para proteger a terceros o por otros motivos que distorsionen su veracidad. Es a partir de esta noción que la confesión pasó a ser considerada "la reina de las pruebas"[17]. Es por eso que uno de los capítulos centrales de los sistemas inquisitivos tradicionales consistió en la regulación detallada del uso de la tortura; se trataba de obtener confesiones de calidad, es decir, que contuvieran información cierta, posible de ser verificada con otras pruebas y que condujeran en consecuencia a la certeza plena y al objetivo central de la reconstrucción de la verdad histórica. De hecho, como señala Maier, la aplicación de los "instrumentos" de tortura fue regulada detalladamente, incluso como garantía del imputado, para moderar su práctica indiscriminada y los riesgos físicos que ella suponía. Además, se exigía que la confesión fuera ratificada –sin tormento– al día siguiente, para apreciarla como válida, acto que, al mismo tiempo, pretendía corroborar la perseverancia en la contrición[18].

Si se examinan las reglas del Código de Procedimiento Penal, y su práctica, es posible reconocer los principales rasgos de la lógica descrita aunque en una versión claramente modernizada y matizada. Esto se podría explicar porque el Código de Procedimiento Penal de 1906 está vinculado, de manera directa, con un modelo de enjuiciamiento de carácter preliberal, es decir, correspondiente a una etapa anterior al desarrollo de los estados democráticos de derecho y a la idea del individuo como un sujeto de derecho frente al poder estatal[19].

En ese sentido, el artículo 456 bis del antiguo Código exige para la condena la convicción del juzgador sobre la base de las pruebas que la ley luego enumera y regula. Esta cláusula da cuenta en realidad de una especie de solución de compromiso entre la fórmula tradicional del sistema inquisitivo, basada en la exigencia de plena prueba, y la fórmula más moderna típica de los sistemas mixtos, la llamada íntima convicción, la que en realidad debiera otorgar al juez un mayor margen de apreciación. En la regulación más específica de las pruebas y su valoración se encuentra el mismo tipo de ambigüedad. Por una parte existe un catálogo rígido de medios de prueba con reglas que indican su valor, pero al mismo tiempo se plantea su derogación en las áreas de los delitos de mayor importancia en cuanto a su frecuencia, como son lo delitos de drogas y contra la propiedad[20], y su reemplazo

17 De hecho, como sostiene BUENO DE CARVALHO, no es casualidad que desde siempre la confesión haya sido considerada como la reina de las pruebas, y que si bien ahora la doctrina enseñe que ella no tiene valor en lo absoluto, en verdad, en el plano de la práctica, incluso hoy su valor es espectacular, casi definitivo. BUENO DE CARVALHO, Amilton, *Nós juízes, inquisidores*". Última vez revisado en http://www.justiciacriminal.cl/trabajos.htm. Por lo mismo, planteamos que más que abolir doctrinariamente la confesión, o incluso legalmente, es preferible establecer condiciones que permitan controlar la calidad y legalidad de su obtención.

18 MAIER, Julio B.J., *op. cit.* p. 293.

19 DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *op. cit.*, p. 62.

20 En la práctica, esta altísima exigencia de prueba había sido rebajada para los casos de más común ocurrencia por dos vías. En primer lugar, por medio de la introducción de cláusulas especiales aplicables a los procesos por algunos de los delitos más comunes como son por ejemplo los delitos contra la propiedad o los delitos vinculados a las drogas ilegales. En este sentido, el artículo 36 del D.F.L. 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.366, que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, o bien el artículo 59 de la Ley N° 11.625 sobre Estados Antisociales (para un completo listado de excepciones a la prueba legal, en donde el legislador contempla la apreciación de la prueba en conciencia, véase LÓPEZ, Osvaldo, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Ediar-Conosur, Stgo., 1983, p. 260.). En

por una fórmula extrema de desformalización que incluso insinúa la falta de necesidad de fundamentación como es la de la aprobación de la prueba "en conciencia".

A lo menos en teoría, los tribunales operan sobre la base de una exigencia probatoria de certeza absoluta, procurando, en su calidad de investigadores, conseguir pruebas inequívocas que supriman todo atisbo de duda sobre cada uno de los hechos que constituyen la imputación. La Corte Suprema, por su parte, en algunas ocasiones ha traducido la exigencia del artículo 456 bis como "plena certeza", esto es, como supresión completa de la duda[21].

La contrapartida de esta alta exigencia de certeza para la condena es la desprotección de la persona del imputado en la etapa de investigación, lo cual permite que dicha pretensión probatoria pueda satisfacerse por medio de obtener confesiones de los imputados. Esta afirmación puede parecer extraña dado el hecho de que en la práctica la tortura fue formalmente abolida en Chile en el siglo XIX[22] y, además, porque hoy se encuentra claramente sancionada en el Código Penal[23]. Sin embargo, el modo en que el sistema tradicional obtiene confesiones es más complejo y, como veremos, supone el uso de mecanismos más blandos que la tortura –pero igualmente orientados a la confesión– en el ámbito judicial y, en el mismo sentido, favorece el uso de métodos más duros en el ámbito policial[24], los que en definitiva pueden, y muchas veces son, legitimados al momento del pronunciamiento de la sentencia[25].

Durante el sumario criminal el juez cuenta con diversos mecanismos que le permiten,

estas disposiciones especiales se utilizó la fórmula de apreciación de la prueba en conciencia, la que más allá de su ambigüedad ha sido siempre interpretada en el sentido de otorgar a los jueces una amplia discrecionalidad en cuanto a la decisión acerca de una posible condena. El segundo camino por la vía del cual se ha, de hecho, restringido la aplicación de este estándar tan exigente, ha sido el de la aceptación de un mayor uso de la prueba indiciaria en los fallos condenatorios. Por medio de esta reforma se relativiza también la exigencia de plena certeza porque si bien no se altera formalmente el estándar, al permitirse la condena por un solo indicio se admite en la práctica que esta se dicte sobre la base de antecedentes que por definición reconocen algún margen de duda. Los indicios nunca prueban directamente el hecho en cuestión, sino que requieren una conjetura a partir de otro hecho que sí aparece probado, por tanto siempre existe algún margen en el que la conjetura puede fallar, por mínimo que sea. En cuanto a la aplicación de la prueba indiciaria en el procedimiento inquisitivo chileno *vid*, en especial, NEIRA, Eugenio "Manual del Procedimiento Penal Chileno",en *Fallos del Mes*, Stgo., 1992. pp. 335 a 348, LÓPEZ, Osvaldo, *op. cit.*, pp. 269 a 270.

21 En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 19 de julio de 1990, sin designación de condenado, para quienes el estándar requerido por el artículo en comento sería "...para el fallo condenatorio se exige la plena certeza tanto sobre la realidad del hecho punible como...".

22 Constitucionalmente la tortura fue abolida en la Carta Fundamental de 1828, la que en su artículo 105 prescribía: "Se prohíbe a todos los jueces, autoridades y tribunales imponer la pena de confiscación de bienes y la **aplicación de toda clase de tormentos**...". En el mismo sentido, el artículo 145 de la Constitución de 1833 ordenaba que "**no podrá aplicarse tormento** ni imponerse en caso alguno la pena de confiscación de bienes. Ninguna pena infamante pasará jamás de la persona del condenado" (la negrilla es nuestra). Sin embargo, como señala Paillas, los azotes, como pena, siguieron aplicándose. Hubo sucesivas leyes que los abolieron, y los restablecieron, desde la de 14 de julio de 1823, que los suprimió por primera vez. Hoy está prohibida esa pena en virtud de la Ley 9.347, de 7 de julio de 1949. Paillas, *"Derecho Procesal..."*, *cit.*, p. 63. Obviamente, la tortura, a estas alturas, también se encuentra prohibida por normas de carácter constitucional e internacional. Sobre esto, véase, RIEGO, Cristián,"El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos", en MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (editores), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Stgo., 1996, pp. 277 y ss.

23 La Ley 19.567, publicada el 1 de julio de 1998, tipificó el delito de tortura añadiendo al Código Penal el artículo 150 A. Dentro de las distintas conductas que ese artículo tipifica, la sanción más alta que contempla es la de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua.

24 Respecto del uso de la tortura en el proceso penal chileno como mecanismo para obtener confesiones y, al final, como instrumento para alcanzar una determinada verdad, véase, Universidad Diego Portales, *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Santiago, 2002, p. 15 a 46, en especial pp. 34 y 35.

25 Universidad Diego Portales, *op. cit.*, p. 24.

en la práctica, ejercer una intensa presión sobre el imputado con el fin de obtener su confesión. Los más característicos son la detención, la prisión preventiva y la incomunicación. En el caso de las dos primeras, si bien formalmente se trata de mecanismos de aseguramiento del imputado, es claro que los incentivos que tiene el juez están principalmente orientados a obtener información acerca de lo ocurrido. Es a partir de esos incentivos que en la práctica se haga bastante común que el juez que está investigando un hecho punible utilice estas medidas como sistemas de apremio en favor de las confesiones.

En el caso de la incomunicación, teóricamente, esta puede ser concebida como una medida destinada solo a impedir los contactos del imputado al interior de la prisión con el fin de evitar perjuicios a la investigación. No obstante, en la práctica, se utiliza más bien como un apremio por medio del cual se envía al imputado a una celda de castigo con el fin de "ablandarlo" para que confiese. Todo esto opera en el contexto de un imputado privado de información acerca del proceso, como producto del secreto del sumario y de una generalizada falta de acceso a la defensa como producto de la carencia de un sistema de defensa pública que opere con efectividad en esta etapa.

Pero además de estos mecanismos formales que pueden ser usados con miras a hacer confesar al imputado, el sistema tradicional ha permitido el desarrollo de métodos más duros para alcanzar el mismo fin, y lo ha hecho por medio de una amplia utilización del interrogatorio policial en un contexto casi por completo desregulado[26] [27]. En la ley, la actuación de la policía y la posibilidad de que esta intente obtener una declaración inculpatoria aparecen apenas mencionadas en el artículo 120 bis, sin que exista una regulación pormenorizada del modo en que estos interrogatorios deben conducirse, de los derechos del imputado o de las facultades de los policías, generándose un espacio en el que el silencio de la ley ha dado lugar a una práctica de apremios de larga data especialmente en lo casos de criminalidad más dura[28], la que solo en los últimos años se ha venido reduciendo, y esto último más bien producto de medidas adoptadas por las autoridades policiales que por una actividad de control judicial.

Las normas de valoración de prueba, por su parte, han abierto espacio a la utilización de las confesiones obtenidas en este ámbito policial desregulado. Así, por medio de lo dispuesto en el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, se permite que los jueces otorguen valor de presunciones a las confesiones que hubieren sido obtenidas por la policía a pesar de no estar estas rodeadas de ninguna de las condiciones de confiabilidad que el propio Código regula

26 En este sentido, el informe *"Tortura, derechos humanos.."*, *cit.*, p. 35, señala "... en la práctica, la tortura se sigue utilizando como mecanismo de investigación policial de delitos en un número no despreciable de casos. Además, ella resulta tolerada por la agencia judicial, en parte por el reconocimiento de la imposibilidad material de ejercer un control efectivo de la actividad policial...". Universidad Diego Portales, *op. cit.*, p. 35.

27 Son igualmente ilustrativos los comentarios del relator Rodley, quien, al referirse a la aplicación de la tortura en Chile, señaló: "Si bien la tortura no es practicada en Chile de una manera sistemática ni como resultado de una política gubernamental, los casos que se producen en la actualidad son suficientemente numerosos y serios como para que las autoridades continúen otorgando atención al problema, y el rechazo institucional hacia la tortura se traduzca en la adopción de medidas específicas... no parece que los abusos sean sistemáticos o generalizados, pero tampoco son aberraciones aisladas", citado en DUCE, Mauricio, "Tortura y Proceso Penal", en MERA, Jorge y DUCE, Mauricio, *Introducción al Sistema Penal*, Ediciones Universidad Diego Portales, Stgo., 1996, p. 325.

28 Véase, por todos, JIMÉNEZ, María Angélica, *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos. Estudios empíricos. Volumen II*, Ediciones Universidad Diego Portales, Stgo. 1994, pp. 193 a 218; GONZÁLEZ Felipe; JIMÉNEZ María Angélica y RIEGO, Cristián, "La Policía y el proceso penal: antecedentes empíricos", en AA.VV., *La reforma de la justicia penal*, Ediciones Universidad Diego Portales, Stgo., 1998, pp. 265 a 318.

para la declaración judicial del imputado en los artículos 318 y siguientes.

A partir del análisis precedente es posible comprender que si bien el sistema del Código Procedimiento Penal funciona bajo el supuesto de la proscripción de la tortura, alejándose en esto de los sistemas inquisitivos tradicionales, sigue todavía confiando gran parte de su capacidad de averiguación, en la posibilidad de obtener confesiones poniendo al imputado en una posición especialmente debilitada, tanto por la vía de mecanismos formalmente regulados, como de otros que más bien han sido tolerados en el silencio de la ley. Por eso, y debido al rol que cumple la confesión en la lógica del viejo procedimiento penal (que constituye el principal medio de prueba utilizado por los jueces), se ha incentivado el interés de la policía de obtener confesiones en etapas temprana de la persecución penal, las que, por supuesto, están ausentes de todo control judicial y sin participación de la defensa[29].

Además del uso de métodos de presión sobre el imputado, el sistema inquisitivo cuenta con la posibilidad de la extensión ilimitada de la investigación criminal, esto es, a lo menos teóricamente, porque los sumarios se prolongan hasta que se alcanzan los niveles de prueba requeridos y no es posible forzar su terminación, salvo por la vía del sobreseimiento temporal, que es de hecho una manera de prolongar todavía más su duración en un estado de latencia. Esto representa a su vez otra forma de desprotección del imputado a favor de la producción de información y puede incluso llegar a convertirse en otro estímulo para la confesión.

Por otra parte, esta alta exigencia probatoria para la condena no representa en la práctica una garantía para el imputado. Esto no solo se debe a que la obtención de información se realiza a través de métodos que vulneran su autonomía, sino también al hecho de que en la práctica el castigo se aplica anticipadamente por medio de medidas provisionales como la prisión preventiva o la libertad provisional, las que requieren estándares bastante más bajos de convicción, con lo cual esta alta exigencia probatoria para la condena se constituye en un componente de poca relevancia concreta en el funcionamiento del sistema procesal y se limita más bien a ser un elemento que otorga coherencia ideológica al sistema en su pretendido compromiso con la verdad histórica.

PROTECCIÓN DEL IMPUTADO Y PRUEBA INDICIARIA

El nuevo sistema procesal penal contempla, como uno de sus elementos más característicos, la regulación de una intensa protección de la autonomía del imputado durante toda la actividad de investigación. Como una reacción a la dureza del sistema inquisitivo en su tratamiento del imputado, se establece en el nuevo código un estatuto de protección del mismo destinado a reconocer desde el inicio de la actividad de persecución su calidad de sujeto procesal. Esto significa que el nuevo sistema quiere que todas las actuaciones del imputado y especialmente aquellas que consistan en entregar información acerca de los hechos, sean estrictamente voluntarias y no aparezcan condicionadas por formas de coerción, engaño o limitaciones en el acceso a la información[30].

29 Duce, *"Tortura y Proceso Penal"*, *cit.*, p. 327.

30 Especial relevancia adquiere, en este sentido, el artículo 91 del nuevo Código Procesal Penal que al establecer la forma en que se deben prestar las declaraciones del imputado ante la policía, lo hace de la siguiente manera: "*Declaraciones del imputado ante la policía.* La policía solo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si este no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.

En este sentido, el Código Procesal Penal introdujo un conjunto muy amplio de protecciones para garantizar la autonomía del imputado durante la etapa de investigación debido, precisamente, a que uno de sus objetivos ha sido el de suprimir prácticas que se consideran abusivas y que fueron comunes durante la vigencia del antiguo sistema. Su descripción supondría pasar revista a todo el nuevo sistema de control de la actividad de persecución pero, para efectos de este artículo, me parece que basta con mencionar las siguientes, entre las más importantes: la introducción de un juez completamente imparcial, como es el juez de garantía, que tiene como una de sus funciones primordiales la cautela de los derechos del imputado; la intervención de este juez en una audiencia pública que no puede ser posterior a las veinticuatro horas después de producida la detención; el establecimiento de un amplio derecho a la defensa, que incluye la asesoría de un abogado desde el inicio de cualquier actividad de persecución en su contra, incluyendo la detención policial; la existencia de un sistema de defensa público financiado por el Estado para quienes no puedan proveérselo por sí mismos; el acceso del imputado a los antecedentes de la investigación del fiscal; la existencia de un estatuto del detenido que regula sus derechos frente a la actuación policial y, por último, la posibilidad de la exclusión de pruebas que hubieren sido obtenidas con infracción de garantías constitucionales[31].

Todos estos mecanismos generan un escenario completamente distinto en cuanto a la situación del imputado. Mientras que en el sistema inquisitivo este está sometido, casi completamente, al poder del juez o de la policía y fuertemente presionado a confesar, en el nuevo sistema, en cambio, está bastante protegido y su declaración se plantea más bien como una manifestación voluntaria de su derecho a defenderse, que será o no ejercida en consideración a razones principalmente estratégicas basadas en su propio interés[32].

Este cambio en la situación del imputado respecto al proceso conduce a que desde el punto de vista del funcionamiento del sistema en el conjunto de los casos, este no puede condicionar su eficacia a la obtención de confesiones. Tampoco es de esperar que sea común la producción de otras pruebas inequívocas susceptibles de suprimir toda posibilidad de duda como sería la multiplicidad de testigos altamente creíbles, fundamentalmente, porque salvo circunstancias excepcionales, quienes cometen delitos procuran hacerlo de

Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia".

31 Sobre estos temas véase, entre otros, DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *op. cit.*; AA.VV., *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Stgo., 2000; HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 2002; CHAHUÁN, Sabas, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Stgo., 2001.

32 Respecto a las declaraciones del imputado en el marco de un sistema acusatorio, FERRAJOLI sostiene que "en el proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse. *Nemo tenetur se detegere* es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio... De ella se siguen, como corolarios, (...) el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales". FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 608. En el mismo sentido véase BINDER, para quien el derecho a declarar "es una manifestación privilegiada de ese derecho a defenderse (...) es decir, el derecho a introducir válidamente al proceso la información que el imputado considera adecuada. (...) Esto significa que es el imputado quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, solo él determinará lo que quiere o lo que no le interesa declarar". BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Bs. Aires, 2002, p. 181. Además, respecto de este tema, TEDESCO, Ignacio, *op. cit.*; CASTILLO, Ignacio "El derecho a no autoincriminarse como parte del debido proceso en materia penal", en *Direito Penal y Criminologia*, Jurua, Curitiba, 2001, pp. 27 y ss.

modo oculto precisamente para evitar preconstituir ese tipo de pruebas.

Es en este escenario que surge, entonces, la necesidad de que el sistema procesal penal se plantee la posibilidad de trabajar de modo general, y especialmente en el juicio oral, a partir de pruebas que no son capaces de producir absoluta certeza, esto es, entender que normalmente se tratará de pruebas indirectas, o de pruebas directas pero cuestionables en su calidad o credibilidad. Ante la ausencia de una confesión completa que podamos chequear con otra información y que nos relate los detalles del hecho de modo coherente, de múltiples testigos altamente creíbles, o de medios de registro moderno altamente confiables –posibilidad que el sistema de prueba tasada no conoció–, el sistema debe ser concebido para operar en un terreno en que la información es debatible, en que se pueden alcanzar niveles de certeza, pero difícilmente absoluta[33].

Dicho de otro modo, este escenario de protección del imputado en su autonomía para declarar o no, y para el caso de no hacerlo a no estar condicionado a hacerlo colaborando con el acusador, pone al sistema en la necesidad de privilegiar altamente el funcionamiento de la prueba indiciaria, esto es, de pruebas que nos permiten reconstruir los hechos solo parcialmente y que para completar la verdad de lo ocurrido nos obligan a recurrir al razonamiento deductivo.

Esto también es posible verificarlo desde otro punto de vista. El juicio oral normalmente trabajará sobre prueba incompleta y controvertida. Cuando por el contrario existan pruebas inequívocas, que cierren toda otra posibilidad, por ejemplo una confesión completa y coherente, lo más probable es que por razones estratégicas las partes eviten el juicio oral y prefieran un procedimiento abreviado u otra forma de solución convencional. Pero aun cuando ello no sea posible por falta de acuerdo o por ser la pena muy alta, probablemente el juicio sea bastante sencillo desde el punto de vista probatorio y, en cambio, la discusión se centre más bien en otros aspectos, como la calificación jurídica de los hechos o el monto de la pena. Esto es consecuencia, en definitiva, de que la lógica del juicio oral es que este es, fundamentalmente, un instrumento para discutir la prueba cuando esta es defectuosa, parcial o debatida.

Esta característica, común en mi opinión a los sistemas procesales penales que renuncian a la tortura y que consiste en trabajar con limitaciones de información, es, por lo demás, común a casi todas las demás actividades de la vida moderna, en las que obtener toda la información necesaria para tomar una decisión basada en información inequívoca suele tener costos sociales o personales inaceptables. Por ejemplo, si cada vez que acudimos a un médico este se abstuviera de diagnosticar y de prescribir un tratamiento hasta no tener plena certeza de la enfermedad de que se trata, los costos de la medicina serían muy altos, requiriéndose en cada caso innumerables exámenes. Por otra parte, muchas de las decisiones serían inoportunas porque muchas de las enfermedades habrían terminado o se habrían agravado durante el tiempo que tomaría un diagnóstico inequívoco. Como consecuencia se trata, entonces, de discutir cuáles son los márgenes de error aceptables en cada una de estas actividades, es decir, ante la inevitable limitación de información para

33 Un razonamiento similar a este puede verse en un fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Penal de Angol, del 25 de mayo de 2001, en contra de Marcelo Paillal Colipí, que en su considerando X señala: *"Si por certeza, se quisiera significar la aptitud de llegar a la verdad de modo irrefutable e inmutable, que no deje elemento posible de contradicción fuera de su alcance, se estaría utilizando un concepto de certeza que es imposible de lograr tanto en el contexto limitado del conocimiento humano, como en el contexto limitado del proceso judicial."*

cada decisión, el planteamiento de la supresión de toda duda resulta inaplicable. El asunto es entonces qué margen de error resulta socialmente tolerable para la decisión de que se trata.

MARGEN DE ERROR Y DUDA RAZONABLE

A partir del hecho que la protección del imputado en la etapa de investigación restringe severamente la posibilidad de la confesión y la necesidad de que el sistema tome decisiones sobre la base de pruebas menos confiables, surge la cuestión de cuál es el margen de error que el sistema está dispuesto a tolerar. Dicho de otra manera, si es cierto que en general no se contará con pruebas indubitadas que permitan una reconstrucción completamente cierta de lo ocurrido, entonces debemos abocarnos a la cuestión de cuánta certeza será necesaria para poder decidir una condena.

Si analizamos esto desde la perspectiva de una multiplicidad de casos y no desde uno solo, el dilema puede parecer algo más claro: cuánta duda estemos dispuestos a tolerar en cada caso determina en el conjunto de los casos cuántos errores estamos dispuestos a tolerar. Supongamos que decimos que en cada caso estamos dispuestos a condenar cuando tengamos una certeza de un 90%; mirado en un número mayor de casos esto significaría que estamos dispuestos a que en 100 casos pudiéramos tener 10 condenas erróneas, o lo que es lo mismo, que estaríamos dispuestos a permitir la condena de diez inocentes de cada cien[34]. Probablemente todos estaríamos de acuerdo en que ese margen de error resulta inaceptable dada la gravedad de la decisión condenatoria. Probablemente aun un 1% de margen resulte inaceptable y para algunos todavía un 1 x ‰. No obstante, en la medida en que no existan pruebas indubitadas estaremos de acuerdo en que algún margen resulta socialmente aceptable, dada la necesidad de hacer aplicable la ley penal en un entorno de restricciones de información que provienen del respeto de la autonomía individual.

Evidentemente, plantear esto en términos cuantitativos no resulta útil, porque difícilmente podrá existir un acuerdo social en una cifra, y aunque lo hubiera, desde el punto de vista operativo no es posible cuantificar en cada caso la certeza y la duda. Este razonamiento solo es útil para graficar el tipo de problema que el sistema enfrenta al trabajar con información limitada.

Es exactamente este el problema que la cláusula de duda razonable pretendió resolver. Primero se trató de poner en evidencia que no se podía seguir funcionando sobre la base de una noción de certeza absoluta y, en segundo lugar, se pretendió establecer un estándar que permitiera discriminar entre los niveles de duda, esto es, que respondiera a la pregunta ¿cuál es el margen de error que resulta razonable aceptar para una decisión condenatoria? Esta pregunta es la consecuencia de que la respuesta clásica –ningún margen de error, la exigencia de certeza plena, o del 100% de certidumbre– conduce a una solución inviable, cual es la de absolver en todos aquellos casos en que el delito no fuera flagrante, o que el imputado no confiese voluntariamente o, por último, que no se cuente con alguna otra prueba indubitada, producida por alguna circunstancia excepcional.

La cláusula de duda razonable nos pone, entonces, en el escenario del conjunto de

34 A esta altura es clásica, y el símil del ejemplo se debe a ello, la frase de VERRI en el sentido de que "más vale perdonar a veinte culpables, que castigar a un inocente". VERRI, *"Observações sobre a tortura"*, citado por CARVALHO, Salo de, *Pena e Garantias: una leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, 1ª Ed, Lumen Juris, 2001, p. 29.

las dudas posibles generadas por el hecho de la falta de pruebas indubitadas y pretende decirnos que hay dudas aceptables, es decir, con las cuales podemos condenar, en tanto que hay otras que no son aceptables para el sistema y que por lo tanto conducen a la absolución[35]. Si pudiésemos cuantificar el grado de certeza que surge de la prueba en cada caso, la cláusula de duda razonable podría ser reemplazada por una indicación cuantitativa del margen de error aceptable, es decir, nos diría que si el grado de duda está bajo cierta cifra, el sistema esta dispuesto a decidir una condena; en cambio si la duda supera esa cifra, el sistema no está dispuesto a aceptar ese margen de error.

¿CÓMO SE PUEDE DETERMINAR SI EXISTE UNA DUDA RAZONABLE?

A partir de la explicación anterior surge entonces la necesidad de distinguir operativamente lo que constituye una duda razonable respecto de aquellas otras dudas que no alcanzan el estándar. En el caso de las primeras, pues, se trata de dudas que por su importancia y su magnitud impiden la decisión de condena y dan lugar a una absolución. En el segundo caso se trata de dudas que resultan aceptables para el sistema y que, en consecuencia, no impidan una decisión condenatoria.

Frente a la dificultad que supone la imposibilidad de determinar un margen de error cuantitativo surge, entonces, la necesidad de hacer una elaboración conceptual del mismo, esto es, crear un estándar con el cual sea posible evaluar la prueba producida en cada juicio y determinar si ella satisface o no la exigencia de eliminar una posible duda razonable.

Habiendo llegado a esta etapa del análisis debemos confesar que esta última tarea, consistente en proponer criterios operativos que permitan a los jueces resolver la cuestión, se nos hace particularmente dificultosa. En el caso de los países de tradición anglosajona[36] este estándar queda entregado en su aplicación al jurado, que no requiere fundamentar su decisión, y es probablemente por esa razón que existe una cierta reticencia tanto de las cortes como de los juristas para entrar a explicarla de manera precisa[37]. En el caso

35 Cabe precisar, en este punto, que el estándar de duda razonable se diferencia del estándar de "preponderancia de las evidencias", por cuanto este último –que es el utilizado en sede civil– solo establece una regla porcentual donde obtiene el convencimiento el que es más convincente. En otras palabras, el estándar de preponderancia de las evidencias establece una regla cuya máxima es "más probable que improbable, una certeza de más de 51%". El estándar de duda razonable, en cambio, es claramente más alto, puesto que no solo se requiere que el fiscal presente prueba más convincente que el imputado, sino que, además, esas pruebas deben generar un convencimiento donde no quede espacio a una duda razonable. Es por esto que, como señala BAYTELMAN, una persona puede ser perfectamente absuelta en un juicio penal y, en cambio, por los mismos hechos, condenada en un juicio civil. BAYTELMAN, Andrés, "El Juicio Oral", en AA.VV., *op. cit.* p. 278.

36 En Inglaterra el estándar de duda razonable ha sido desarrollado por los jueces, a partir de los siglos XVII y XVIII, para instruir al jurado de sus deberes; sin embargo, hasta hoy no existe consenso en su preciso significado. SHAPIRO, B.J. "*Beyond Reasonable Doubt and Probable cause. Historical Perspectives on Anglo-American Law of Evidence*", citado en DELMAS-MARTY, Mireille (dirección), *Procesos Penales de Europa*, p. 621. En Estados Unidos el estándar de duda razonable ha sido desarrollado a partir del concepto de debido proceso. De hecho, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha venido sosteniendo que el debido proceso puede ser la fuente de algunos derechos que no están específicamente regulados en la Quinta y Sexta enmienda. Así, por ejemplo, en la sentencia *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), la Corte sostuvo que era obligatorio para los estados establecer el estándar de condena en el de la duda razonable. Sobre esto véase ISRAEL, Jerold; KAMISAR, Yale y LA FAVE, Wayne, *Criminal Procedure and the Constitution*, West Publishing Co., MN, 1994 p. 670.

37 La Corte Suprema de los Estados Unidos, de hecho, ha declarado que el término "duda razonable" es un término que se autodefine y, por lo tanto, no sería necesario definirlo. Así, por ejemplo, en *Holland v. Ohio*, 348 U.S. 121, 140 (1954), la Corte ha dicho que "intentar explicar el término duda razonable normalmente no consigue hacerlo más claro en la mente del jurado". En Inglaterra, en cambio, la fórmula que oficialmente se utiliza para instruir a los jurados es la siguiente: "Antes de condenar al acusado es necesario que estéis seguros de que es culpable. Lo que es igual a estar convencidos de su culpabilidad más allá de una duda razonable". Citado en DELMAS-MARTY, Mireille, *op. cit.*, p. 623. La utilidad de dicha instrucción es, como se aprecia, bastante discutible.

nuestro parece que no podemos optar por el mismo camino, dada la exigencia de fundamentación que recae sobre nuestros jueces.

La verdad a estas alturas pensamos que no estamos en condiciones de ofrecer una teoría o una solución conceptual consistente, aplicable de manera general a todos los casos. Probablemente la práctica del sistema y la aplicación del estándar a una multiplicidad de casos así como la generación de jurisprudencia de nulidad nos permita delimitar mejor un criterio general.

Sin perjuicio de eso, las fórmulas que de manera más común se utilizan en otros sistemas parecen estar más bien orientadas a definiciones de carácter subjetivo[38], las que pueden resultar útiles aunque son difíciles de argumentar en un fallo. Estas elaboraciones en todo caso derivan de la fórmula típica de los sistemas continentales europeos, la llamada íntima convicción[39], que es, por definición, subjetiva.

Pensamos que es posible contar con algunos criterios menos subjetivos que resulten más susceptibles de control por la vía de la fundamentación del fallo.

Ahora bien, nos parece que es posible oponer a la idea de duda razonable algunas categorías de dudas que siendo manifestaciones de la imposibilidad de cerrar completamente todo margen de duda, claramente quedan excluidas, es decir, se trata de dudas aceptables o marginales, o sea que no impiden la condena.

En un primer lugar, podríamos poner en esta categoría a los cabos sueltos, esto es, elementos de información que no resultan plenamente coherentes con la versión de los hechos de la acusación y que no aparecen plenamente explicados en el juicio pero que se pueden atribuir a defectos de percepción, a errores u otras causas de aquellas que hacen que normalmente la mayor parte de las actividades humanas sean imperfectas. Por ejemplo, tenemos un testigo altamente creíble que junto con otras pruebas nos convence de la veracidad de su versión, no obstante su declaración aparece levemente contradictoria con otras en cuanto a la hora de los hechos. Si no existe otro antecedente quizás podríamos atribuir esto a un error y entender que es solo un cabo suelto.

Tampoco serían dudas razonables aquellas dudas imaginarias o puramente hipotéticas, o sea, posibles explicaciones alternativas para la prueba presentada, pero que no forman parte del debate, que nadie ha alegado ni intentado probar y que solo surgen de una revisión hipotética de todas las posibilidades imaginables. Por ejemplo, la versión de la fiscalía sostiene que el imputado estaba en el lugar de los hechos y lo perpetró; la defensa sostiene que no estaba allí. Podría ser una duda imaginaria pensar que quizás sí estuvo en el lugar pero el delito lo cometió alguien parecido y que el imputado pudo haber olvidado su presencia en el lugar. Hay una explicación alternativa posible, pero incorpora elementos puramente especulativos.

38 MAIER, Julio B.J., *op. cit.*, pp. 494 y ss., en el mismo sentido FERRAJOLI, Luigi *op. cit.*, p. 146 y ss.; BINDER, Alberto, *op. cit.*, p. 265 y ss.

39 Este sistema, propio del enjuiciamiento acusatorio puro de la antigüedad y, modernamente, del juicio por jurados clásicos, puede ser definido, siguiendo a VÉLEZ MARICONDE como un "método (que) implica la inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el juzgador debe acordar a todos los elementos de prueba y, además, que él no está obligado a explicar las razones determinantes de su juicio". VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, T. I, 3ª ed., Marcos Lerner Editora, Córdoba, pp. 254 y ss. Una visión crítica a la íntima convicción, aunque en su versión no fundamentada, en FEUERBACH, quien sostuvo que "los jurados que se valen de su instinto semejan a una reunión de metodistas o de cuáqueros. En un letargoso vacío de pensamiento aguardan el rayo de luz de la revelación natural, tal como estos esperan la iluminación de arriba", citado en DÍAZ, Fernando, "El control judicial de la motivación de la sentencia" en MAIER, Julio B.J. (comp.), *Los recursos en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Bs. Aires, 1999, p. 65.

Por último, no es duda razonable la que es ilógica, esto es, la que para constituirse requiere aceptar componentes absurdos o irracionales, contrarios a la razón.

En este intento de construir una aproximación práctica al estándar de duda razonable pensamos que es posible exigirle ciertos elementos específicos para considerarla tal. En primer lugar, debe tratarse de una duda articulada, esto es, que a diferencia de los meros cabos sueltos, exista una explicación que sea capaz de estructurar los diversos elementos que no cierran en la versión de la acusación y mostrar cómo todos ellos en conjunto construyen una duda relevante. Muchas veces esta articulación constituirá una versión alternativa que les dé sentido. Si esta historia alcanza un margen de credibilidad, aunque sea bajo pero que aparece como relevante, entonces puede constituir una duda razonable. No obstante es posible pensar en otras formas de articulación que no supongan plantear una versión alternativa, por ejemplo mostrar cómo un conjunto de informaciones parciales dan cuenta de una investigación negligente, torpe o sesgada y mostrar cómo entonces no es posible alcanzar una decisión condenatoria sobre esa base precaria.

En este sentido pareciera que precisamente es la defensa la encargada de esta articulación, es decir, no basta que se enumeren diversos elementos problemáticos de la versión acusatoria, se requiere, además, articularlos para descartar que se trate de dudas puramente marginales.

En segundo lugar, parece claro que esta articulación, que esta explicación acerca de cómo se constituye la duda en una razonable o inaceptable, debe tener alguna base en la evidencia. No decimos que deba estar probada, puesto que claramente la carga de la prueba corresponde al fiscal, pero sí que sea posible articular algunos elementos en una versión alternativa, y que pueda encontrar algún sustento en la prueba por oposición a la duda puramente hipotética. La prueba debe prestar alguna plausibilidad a la articulación que se haga de la duda.

Al plantear todas estas exigencias positivas a la duda razonable, se podría pensar que estamos cuestionando la presunción de inocencia en cuanto sería el defensor el obligado a cumplir con todas estas exigencias. Creemos que no es así, en nuestra opinión la presunción de inocencia obliga al fiscal a probar su acusación y el defensor puede incluso mantenerse en una actitud pasiva. Esto es claro, y funciona sin problemas, en cuanto el fiscal no logre acercarse a producir en el juez un grado de certeza muy cercano a la completa o plena certeza. Si el fiscal logra demostrar por ejemplo que su versión es solo probable, o aun la más probable entre otras posibles, creemos que, en ambos casos, procede la absolución sin más y el defensor no está obligado a nada. El problema surge cuando el fiscal logra llegar hasta un grado de certeza muy fuerte, muy cercano a la plena certeza y, entonces, la discusión se centra precisamente en si el margen que queda constituye una duda razonable o no. En ese caso, pensamos, el defensor queda obligado a una actuación positiva en cuanto a la construcción, la articulación de la duda razonable, de lo contrario, y lo más probable, es que el fiscal logre convencer a los jueces de que lo que pudo haber quedado como no probado son solo cabos sueltos marginales.

Informes de Investigación publicados:

Nº 1 La Modernización de la Justicia Militar, un Desafío Pendiente.
Autor: JORGE MERA FIGUEROA

Nº 2 Poder Judicial y Mercado: ¿Quién debe pagar por la Justicia?
Autores: JORGE CORREA S.
CARLOS PEÑA G.
JUAN ENRIQUE VARGAS V.

Nº 3 Recursos Destinados a la Justicia en Chile: Análisis de su evolución y productividad.
Autor: JUAN ENRIQUE VARGAS V.

Nº 4 La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, crónica de un fracaso.
Autor: GASTÓN GÓMEZ

Nº 5 Racionalización de la Posesión Efectiva.
Autores: JORGE CORREA SUTIL
ALEJANDRA AGUAD DEIK

Nº 6 Problemas en Torno a la Reconfiguración del Ministerio Público en América Latina.
Autor: MAURICIO DUCE

Nº 7 Leyes de Desacato y Libertad de Expresión.
Autor: FELIPE GONZÁLEZ

Nº 8 Discriminación en Contra de la Mujer
Autores: GASTÓN GÓMEZ
RODOLFO FIGUEROA

Nº 9 Prisión preventiva y demás medidas cautelares en el nuevo Proceso Penal
Autor: CRISTIÁN RIEGO RAMÍREZ

Nº 10 Los abogados en Chile: desde el Estado al Mercado
Autor: IÑIGO DE LA MAZA G.

Nº 11 La discapacidad frente a la necesidad de profundización democrática en los procesos electorales
Autora: MARÍA SOLEDAD CISTERNAS REYES

Nº 12 Discrecionalidad del ministerio público, calificación jurídica y control judicial
Autor: JORGE MERA FIGUEROA

Nº 13 "Tiene derecho a guardar silencio..." La jurisprudencia norteamericana sobre la declaración policial
Autor: ANDRÉS BAYTELMAN A.

Nº 14 Cultura judicial y enseñanza del Derecho en Chile: una aproximación
Autor: FELIPE GONZÁLEZ MORALES

Nº 15 La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno
Autor: JAIME COUSO

Nº 16 Bases programáticas para la reforma integral del Derecho Penal Militar chileno
Autor: JORGE MERA FIGUEROA