

Ensayos Jurídicos

Jonatan Valenzuela Saldías

Hechos, Pena y Proceso

Ensayos sobre racionalidad y prueba
en el derecho procesal penal chileno

 rubicón
E D I T O R E S

II. SOBRE LA DISOLUCIÓN DE LA INCERTIDUMBRE EN EL PROCESO¹

El proceso judicial es, en algún sentido, un rito contra la incertidumbre. Los estudiosos del derecho procesal suelen enfrentarse a la necesidad de explicar el rito del proceso y su conexión más o menos evidente con alguna noción de verdad con el aforismo benthamiano: “*que todos los infractores del derecho sean sancionados y que sólo ellos lo sean*”².

Que sea un rito nos indica en gran medida cierta vocación del proceso para comprometerse “falsamente” con la disolución de la incertidumbre. Básicamente, intentamos justificar nuestras decisiones del mejor modo posible. Del modo más claro, y del más efectivo. Siempre viviremos con dudas acerca de nuestros objetos de atención. Por ello, el ritual procesal en realidad nos devela el objetivo central del proceso para entonces dirigirmos a la administración de nuestras dudas acerca de los hechos que son parte central de nuestra ocupación en el derecho procesal.

¹ Este trabajo es una versión corregida y aumentada de la ponencia presentada en septiembre de 2013 en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Agradezco las observaciones de los asistentes a ese seminario, en particular de los profesores Rodrigo Correa y Francisco Saffie. Los errores persistentes son ciertamente responsabilidad mía.

² FERRER, J. (2012) “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 4, nº 4.

En este trabajo pretendo abordar críticamente el modo en que el “cometido epistemológico” del proceso y en particular de la prueba puede considerarse desenfocado en el contexto chileno. Esto por el abandono de la precisión en la explicación sobre la decisión judicial y por la omisión respecto del papel de la justicia en la noción de error procesal. Lo anterior para definir un modo introductorio de entender al proceso penal. Creo que esta clase de procesos deben ser enfocados de modo tal de dar cuenta de las diversas dimensiones que componen al conjunto de hechos que llamamos “castigo penal” ampliamente considerado.

Por supuesto, esto supone a su vez, asumir la necesidad de contar con una determinada teoría moral a la mano para explicar el sentido de las instituciones del proceso, pues sin ella la explicación institucional de los mismos resulta necesariamente miope.

El proceso es un rito significativo de manejo de información que, sujeto a diversas clases de reglas, permiten llegar a una solución justa respecto de los indicios que los relatos acerca de los hechos presentan.

En este sentido, resulta del todo pertinente contar con una perspectiva racionalista que explique la manera en que el juez debe enfrentar el punto central de sus decisiones acerca de los hechos del juicio: la distribución de errores. Pero también resulta necesario entender a este intento como un intento de racionalización de toma de decisiones que no se diferencia en sí mismo de otros ejercicios probatorios científicos y que por tanto no deja explicar completamente el sentido jurídico de las mismas decisiones.

Lo anterior tiene una función de mucha importancia: una vez definido el cometido epistémico del proceso penal pueden distinguirse con claridad las diversas dimensiones que el mismo tiene. Por ejemplo, la definición del consenso moral acerca del castigo que aparece de manifiesto en la evaluación de los delitos de connotación económica a gran escala no puede ser analizada tan sólo desde la perspectiva de la administración del conocimiento humano sobre, por ejemplo, delitos propios del mercado valores, sino que puede resultar natural preguntarse por el significado moral del daño de esa clase de criminalidad y por tanto evaluar al proceso penal en términos de su capacidad de expresar el

reproche moral y la correlativa censura en contra de esa clase de hechos (junto, por supuesto, a la denominada legislación sustantiva).³

1. DISTRIBUCIÓN Y REDUCCIÓN DE ERRORES EN EL PROCESO

El año 2006, Larry Laudan publica la que probablemente sea la mayor contribución al entendimiento del error en el proceso judicial en términos epistemológicos en su conocido *Truth, Error and Criminal Law*.⁴

En términos solamente epistemológicos el error procesal se deja describir como un la violación de alguna regla acerca de la evidencia (conforme al modo normalizado de la doctrina en este punto: la producción de falsos positivos o falsos negativos). Hay un error judicial desde la perspectiva procesal cuando se condena a una persona que no ha cometido un delito o cuando se absuelve a una persona que ha cometido un delito. Por supuesto, la administración de estos errores se relaciona directamente con el cometido central del proceso penal: la averiguación de la verdad de lo sostenido en la acusación (entendida ésta en términos amplios como todo acto de imputación en contra de una persona respecto de su participación o comisión de un delito).

Es tan erróneo para un sistema procesal condenar inocentes como absolver culpables. Si consideráramos que las sentencias correctas son aquellas en las que se absuelve a quienes son efectivamente inocentes y se condena a quienes son efectivamente culpables, tenemos que cualquier intercambio en esta figura supone un error de la misma naturaleza.

3 En algún sentido similar se pronuncia Laudan quien considera que el proceso penal tiene tres clases de objetivo: la reducción de errores, la distribución de errores y la protección de otra clase de valores. Creo que puede entenderse que tanto la reducción como la distribución de errores tienen una clara vocación epistemológica mientras que lo que Laudan denomina “otra clase de valores” en realidad es un grupo a veces heterogéneo de lo que puede llamarse “razones morales”. Véase LAUDAN, L. (2013) *Verdad, error y proceso penal*, Barcelona: Marcial Pons, p. 21.

4 Traducido al castellano el año 2013 como *Verdad, error y proceso penal*, Barcelona: Marcial Pons.

Dicho de otro modo, la intuición generalizada que indica que hay un error “diferente” o “más relevante” cuando se trata de condenar inocentes no es capaz de expresar sino una clase de acuerdo moral que impacta en el proceso, pero que, en lo absoluto, queda dentro de los márgenes del cometido epistémico del mismo ni se encuentra pacíficamente relacionado con su cometido central. De hecho, es una anomalía.⁵

Dado que hemos abandonado la idea de persecución de certeza no podemos asegurar bajo ningún conjunto de condiciones que no se producirá alguna clase de error. Sea cual sea el contexto en el que cierta decisión tenga lugar, es claro que es posible que se produzca una disonancia abierta entre lo que efectivamente ocurrió y la decisión de absolución y condena.

De hecho, de lo que el derecho procesal se ocupa principalmente es de administrar esa posibilidad de error. Las principales operaciones al respecto son la reducción y distribución de estos errores. En el caso de la reducción de errores básicamente los procesos judiciales proveen de un modo de incluir y valorar informaciones que corrientemente los juristas llaman “pruebas” o “evidencias”. Mientras mayor sea la capacidad del proceso para captar información, mayores serán las probabilidades del juez de emitir una decisión correcta, pues tenderá, mejor información para la decisión.

En el caso de la distribución de errores, no se busca la evitación recién descrita, sino que las decisiones judiciales expresen alguna clase de preferencia en el caso de que el juez cometa algún error. Por ejemplo, si se contara con un conjunto de reglas sobre las evidencias que supusieran evitar a toda costa que algún culpable se escapara de la condena por la vía del error, resulta obvio que deberíamos rebajar las exigencias probatorias para que en cualquier caso el juez esté movido a condenar a quienes son llevados a su sala de audiencia.

De este modo, si hipotéticamente el juez se encuentra en la obligación de condenar a cualquier sujeto que se presenta ante él, todos los culpables serán condenados. El objetivo general de evitación del error que supone absolver a los culpables se puede cumplir a un costo evidente: debemos condenar también a todos los inocentes. Esto supone que si se rebajan las exigencias probatorias tendríamos por resultado que debemos asumir que así como todos los culpables serán condenados, todos los inocentes que aparezcan por la sala de audiencia también lo serán.

Es un lugar común, también en el proceso penal chileno, sostener que esta es una consecuencia inaceptable. La inocencia debe ser siempre respetada en todo escenario, con lo que nunca está justificada la condena de un inocente. Es más, hay quienes sostienen que nunca debe justificarse en un proceso la condena de un inocente.⁶

Si aceptamos esta segunda premisa, deberíamos, al contrario que en el caso anterior, aumentar la exigencia derivada de las reglas probatorias del proceso penal. De modo tal que cuando se justifique una sentencia penal, en términos probatorios enfrentemos una alta exigencia acerca de la verificación de los hechos que nos permitan estar bastante “seguros” de la veracidad de los enunciadlos contenidos en la acusación.

Aún en ese escenario, el único modo real para evitar completamente la condena de algún inocente es la evitación de toda condena. Sólo evitando toda condena estaremos propendiendo a que ningún inocente vaya a la cárcel. El efecto correlativo de decisiones de este tipo es el aumento de todas las opciones de absolver culpables, es decir, si evitamos toda condena, todos los culpables (como los inocentes) serán absueltos.

Resulta evidente que la defensa irrestricta de la imposibilidad de condenar inocentes nos lleva a un sin sentido similar al que nos lleva la necesidad de condenar a todos los culpables. Por ello el proceso penal,

⁵ LAUDAN llama a estas clases de errores “falso hallazgo inculpatório” y “falso hallazgo exculpatório”, véase LAUDAN, L. (2013) op. cit. pp. 34–35.

⁶ Por todos puede consultarse MATURANA, C. y MONTERO, R. (2010) *Derecho Procesal Penal*, Santiago: Abeledo Perrot, pp. 745–746.

en estricto rigor, asume el error, derivado principalmente de la incertidumbre constante y, por tanto, lo distribuye.⁷

Cuando sostenemos que reglas como la duda razonable, suponen una alta exigencia, lo que queremos denotar es que la evidencia de cargo debe superar cierto umbral de suficiencia para volverse la versión explicativa de los hechos de mayor verosimilitud (y esa verosimilitud es alta en términos de duda razonable). El carácter exigente supone que distribuyamos el error prefiriendo la absolución de culpables que la condena de inocentes si se produce un error. Ambos falsos hallazgos se van a producir, pero a través de las reglas de suficiencia probatoria, esto es a través de estándares de prueba, distribuimos hipotéticamente estos errores.

Si tomáramos por correctos los clásicos esquemas bayesianos, tendríamos que la duda razonable exigiría algo así como 0,9 sobre 1,0 de información que apoye la tesis sobre la acusación.⁸

El error en esta perspectiva, expresa un defecto en el método de averiguación de la verdad acerca de los hechos que dan lugar al proceso. El proceso judicial desde la óptica de la prueba no difiere en nada de cualquier actividad de descubrimiento, con lo que sostener como conclusión probatoria un falso positivo o negativo, supone ciertamente una defecto en el proceso de averiguación de la verdad.⁹

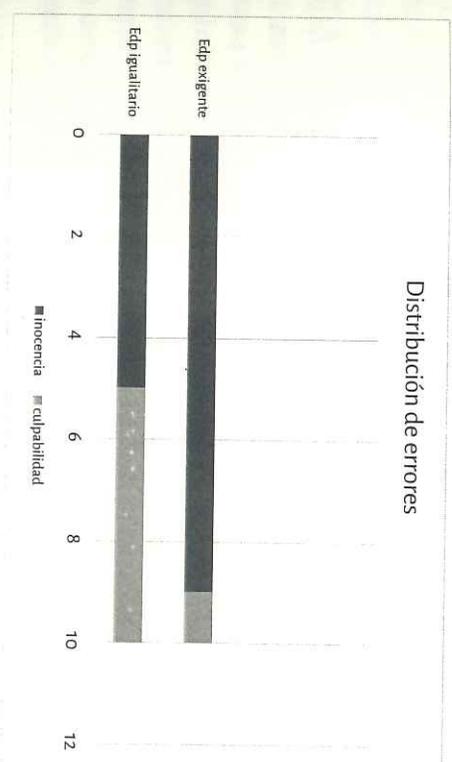
7 Esta distribución es un fenómeno interesante desde el punto de vista de la aceptación de los errores del proceso. Es por ello que el compromiso que tienen las reglas procesales con la averiguación de la verdad son en verdad irónicas.

8 Esta es la tesis canónicamente asociada al esquema bayesiano de probabilidad. En Chile en cambio la discusión sobre sentido de la regla de estándar de prueba ni siquiera se ha asomado a ver esta clase de alternativas de la doctrina comparada. El siguiente pasaje referido al sentido de la expresión duda razonable en el CPP chileno es claro: "a diferencia del sistema de jurados norteamericano, en Chile quienes están llamados a resolver el conflicto penal son jueces letrados que deben fallar aplicando el derecho, por lo que las guías contenidas en muchos de dichos criterios resultan no sólo alejados de nuestra tradición sino de aplicación práctica", Maturana, C. y Montero, R. (2010), p. 257.

9 Aunque ciertamente como ha destacado Twinning, existen diversos intereses relacionados con la definición de la actividad probatoria y de los errores que pueden producirse

El proceso, en esta medida, debe diseñarse de acuerdo al tipo de distribución de errores que se considere adecuado. Hablar de un proceso penal que sea "exigente" desde el punto de vista del material probatorio supone asumir que existe una determinada manera de expresar la distribución de errores de condena, principalmente. Se trata entonces de decidir cuántos inocentes serán condenados y cuántos culpables serán absueltos.

La denominada explicación bayesiana, que ha sido objeto de severas críticas, permite situar estas exigencias en términos numéricos:



En este esquema, un estándar de prueba igualitario, es decir, un estándar que permita distribuir equitativamente el error (los falsos positivos como negativos) permite que en un escenario abstracto se condene erróneamente la misma cantidad de personas que serán absueltas erróneamente. Esto supondría que el estándar de prueba que justifique la suficiencia probatoria de la condena fuese "poco exigente", es decir, que no requiriera una corroboración alta. Por su parte, un estándar de prueba exigente, como sería la duda razonable, obligaría a una alta exigencia (0,9

en este ámbito, véase Twinning, W. (2009) "De nuevo los hechos en serio" en DOXA, núm. 32, pp. 321 - 322.

sobre 1.0). Esto provocaría que el número de inocentes condenados que daría radicalmente reducido frente al escenario del estándar igualitario debido a que la exigencia de corroboración respecto de la hipótesis de culpabilidad asciende a 0.9 dejando un margen tendencial de 0.1 para los inocentes condenados. Lo que ocurre como contracara, es que por medio de esa decisión aumentan significativamente los culpables absueltos. Pasan, en ese ejemplo de un número tendencialmente equitativo (0.5) a un alto número derivado de la exigencia para condenar (0.9).¹⁰

Desde la misma óptica bayesiana, el intento de explicación de la decisión probatoria supone la competencia del principio de complementariedad en los siguientes términos:

$$\Pr(a) + \Pr(\neg a) = 1$$

La probabilidad del acaecimiento de un evento a sumada a la probabilidad de que ese evento a no haya acaecido es siempre igual a uno. Esto supone que las alternativas de conocimiento respecto del pasado permiten siempre verificar la probabilidad de que algo haya tenido lugar en el mundo desde el punto de vista de la capacidad de una determinada hipótesis de desplazar a la hipótesis contraria (su negación). Es claro que el principio de complementariedad opera como un dato ilustrativo que no permite escapar a las fuertes críticas dirigidas al *bayesianismo* como teoría explicativa del razonamiento probatorio.¹¹

Sin embargo, es posible describir la manera en que la decisión probatoria tiende a configurarse de cara a la necesidad de determinar la probabilidad suficiente para afirmar el acaecimiento de un determinado hecho. En otros términos, cualquier decisión acerca del efectivo acaecimiento de unos hechos supone asumir alguna noción de probabilidad sobre ese acaecimiento.

¹⁰ Para una explicación de esta perspectiva véase LAUDAN, L. (2005a) "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en DOXA, núm. 28, pp. 98 – 99.

¹¹ Sobre la relación entre la prueba de un enunciado y su negación véase FERRER, J. (2005) *Prueba y verdad en el derecho*, Barcelona: Marcial Pons, pp. 37 – 39.

En esta medida, el error judicial, es decir la producción de falsas condenas o absoluciones, no dependen del estándar de prueba directamente. Lo que una regla de estándar realiza, en esta óptica, no es una estrategia de reducción de errores sino, precisamente de *distribución* de los mismos.

Las reglas reductoras del error se sitúan antes del ámbito de aplicación de la regla de estándar de prueba. Son tradicionalmente reglas sobre inclusión probatoria y reglas sobre valoración probatoria, entre muchas otras que se enfocan en la administración de la información del proceso.

En estos casos hablamos de reglas cuya aplicación supone la ampliación de las probabilidades de contar con una reconstrucción suficiente, de cara a la justificación de una decisión racional, sobre los enunciados acerca de los hechos.

La evidencia expresa el modo en que la información acerca de ciertos indicios sobre los hechos se despliega en un juicio, atendida la necesidad de justificar el enunciado "deber tenerse por verdadero que p ". Un típico error, frente a las reglas reductoras del error, consistiría en excluir una evidencia por consideraciones extra epistémicas, es decir, por razones que no permitan aumentar la capacidad del proceso de determinar lo sucedido¹².

Si describimos al proceso como un conjunto de reglas que miran a la distribución de errores, de cara a la información que ampara las decisiones probatorias, tendremos que declarar que se trata de un error de relevancia tanto condenar a inocentes como absolver culpables.

Tanto desde la perspectiva de las reglas reductoras del error como desde el punto de vista de la distribución del error, no hay buenas razones para dar con una distribución bajo un esquema de estándar de

¹² Aunque es claro que ese error puede encontrarse perfectamente justificado en el ámbito del proceso penal, principalmente porque las reglas acerca de la exclusión probatoria y otras reglas contra epistémicas se justifican en la protección de valores que resultan importantes para la vida en comunidad. Es el espacio reservado a la teoría moral en el ámbito del proceso penal.

prueba exigente. Dicho en otros términos, desde la perspectiva de la administración general de los errores procesales, no hay argumentos *per se* concluyentes para preferir una clase de error por sobre el otro, y por tanto, reducir las posibilidades de condenar inocentes, ampliando las posibilidades de absolver culpables.

El estándar de prueba en el sistema procesal chileno es la duda razonable, la que a pesar de estar asociada a cierto subjetivismo (por ejemplo el legislador procesal afirma que el tribunal oral en lo penal "adquiere una convicción" y que ese acaecimiento tiene lugar en el mundo de lo controlable) admite una lectura racional asociando la concurrencia de una duda intersubjetivamente controlable para condenar.

El escenario posible, desde el punto de vista del razonamiento probatorio, en el proceso penal es el siguiente:

- (a) Está probado que p ;
- (b) Está probado que no p ;
- (c) No está probado que p .

En este ejemplo p , representa la hipótesis del Ministerio Público que tiene capacidad para convertirse en una tesis acusadora respecto de un hecho determinado.

Desde esa perspectiva, es claro que el juez puede encontrarse en situación de declarar probado que p , por ejemplo, que Juan ha disparado a Pedro causando su muerte de modo culpable, si se da el caso de que las reglas de corroboración permitan afirmar ese enunciado. En términos sencillos, si se da el caso de que no concurre una duda razonable en términos objetivos: los datos disponibles están explicados de modo coherente, las predicciones que pueden formularse respecto de esos datos han resultado confirmadas, y se encuentran descartadas las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia del acusado. En este caso, el juez debe condenar.

Pero puede darse el caso de que, a pesar de que los datos probatorios permitan sostener como explicación racional, que alguien ha disparado

a Pedro causando su muerte, aparezcan datos que permitan afirmar, que Juan, en el momento en que debieron haber tenido lugar los hechos se encontraba en Buenos Aires. De ser este el caso, existe una hipótesis alternativa compatible con la inocencia del acusado: no estaba ni podía estar en el lugar necesario para disparar en contra de Pedro. Por ello, aparece probado que "no p ", es decir, existe un nivel suficiente de corroboración para afirmar la existencia de un hecho en el pasado que es exactamente incompatible con p .

Además puede darse el caso de que no tenemos suficiente información para declarar probado que p , como tampoco para dar por probado no p . Es el caso en que los datos explican coherentemente una hipótesis, pero ya sea por la formulación de hipótesis no confirmadas, como por, la existencia de hipótesis alternativas compatibles con la inocencia del acusado cuya corroboración no sea completa, la regla de suficiencia probatoria no sea satisfecha, debiendo entonces reconocer un estado de *no está probado que p* .

Aquí aparece claramente la incertidumbre como propiedad del proceso penal: existe un grupo de casos en que no puede darse por desplazado alguno de los extremos del principio de complementariedad, pero en los que tampoco podemos dar por concurrente una determinada hipótesis sobre los hechos.

2. INCERTIDUMBRE Y PRUEBA

La manera por defecto con la que la incertidumbre es enfrentada se relaciona con la actividad probatoria. La prueba puede ser descrita como una actividad que tiene por fin el establecimiento de la verdad de cierto enunciado sobre los hechos¹³.

La falta de información, derivada de la aplicación de una regla de suficiencia, queda descrita como incertidumbre en un proceso penal.

¹³ Aunque como sabemos la prueba puede ser vista como sinónimo de medio de prueba y como resultado de la actividad de probar.

Una hipótesis sobre los hechos que no se encuentra suficientemente probada (en el escenario antes descrito: *no hay prueba suficiente de p*) queda amparada por una regla de presunción relativa a la inocencia. La presunción de inocencia en tanto regla de juicio permite afirmar que concurre el estado de inocencia a favor del acusado aún en el caso de que sea materialmente culpable.

Sin embargo, esta no es la única manera en que la incertidumbre se despliega.

En un trabajo relativamente antiguo este punto fue abordado por ALLEN¹⁴. La actividad probatoria admite ser descrita por la concurrencia de al menos dos contextos conceptuales: El primero de ellos es la *estructura* de la prueba. El segundo la *teoría* de la prueba o la evidencia.

En el primer caso, el relato acerca de la actividad probatoria supone determinar qué es lo que debe ser probado. Esta pregunta suele ser contestada de manera más o menos amplia asumiendo que lo que se prueba son los "hechos". Sin embargo, resulta hoy por hoy claro que el verdadero objeto de la prueba está constituido por el conjunto de proposiciones acerca de los hechos que realizan las partes como de los supuestos de hechos a ellos asociados por las reglas jurídicas.

Más precisamente el objeto de la prueba (y que define su estructura) podría ser descrito a través de la definición de los indicadores acerca de los hechos que empujan el relato de las partes en el proceso.

En este nivel el relato de las partes invocará un determinado status de plausibilidad que mueva al juez a considerar como hipótesis posible aquella que proviene de la estructura de la prueba.

Por otra parte, la teoría de la evidencia está referida a cómo se hace la selección de elementos que pueden ser considerados dentro de un relato plausible acerca de los hechos y estrictamente qué cuenta como prueba, por ejemplo, *de cargo* en un proceso penal.

14 ALLEN, R. (1993) "Factual ambiguity and a Theory of Evidence", en *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, núm. 2, 604-640.

Los dos grandes intentos de proveer un modelo de razonamiento para evaluar a la actividad probatoria (la íntima convicción y el modelo bayesiano) no son capaces de soportar esta distinción y, más importante, no entregan en realidad un modelo de razonamiento.

Probablemente el estado de la cuestión esté descrito por una determinada actitud inicial advertida, con algunos matices, por Laudan.

Laudan realiza una crítica a los modelos de razonamiento probatorio principalmente por su vocación a quedar definidos por algún tipo de "corazonada"¹⁵.

En el modelo de la íntima convicción la corazonada lo es todo. El razonamiento judicial puede, como ha advertido la teoría racional de la prueba, quedar entregado al mero voluntarismo y a la adquisición de una determinada "actitud" como es la "adquisición de una convicción". Llamativo es que el modelo dominante en nuestra doctrina procesal siga siendo algo así como el "intento de racionalización de la convicción", aspecto en el que la mayoría de los académicos acaban por abandonar impotentes el esfuerzo de racionalización de un misterio (o lo que es similar, el intento de controlar una actitud proposicional de suyo incontrolable).

En el modelo bayesiano, la actitud pretendidamente objetiva del juez a través de la formalización del uso de reglas que definen estándares de prueba queda entregada a la definición de "corazonadas iniciales".

Estas corazonadas iniciales quedan expuestas debido a que la tesis bayesiana supone la vinculación necesaria entre el acaecimiento de un evento y la definición de la probabilidad del acaecimiento de un hecho vinculado.

La manera en que esta probabilidad se sostiene supone admitir un modo de enfrentamiento a los relatos acerca de los hechos en el proceso basado en el equilibrio de la ignorancia (el 0% "de certeza" sobre el

15 LAUDAN, L. (2005a), pp. 95-113.

acaecimiento de los hechos) y el avance hacia determinados grados de certeza (0.5% en el estándar de preponderancia de evidencia, 0.75% en el estándar de prueba clara y convincente y 0.9 o 0.95% en el estándar de la duda razonable).

No es este el lugar para mostrar todos los problemas que estas aproximaciones generan, sólo quiero llamar la atención sobre el espacio compartido entre la formulación bayesiana y el modelo de la Intima convivencia: en ambos casos pareciera aparecer un defecto derivado de alguna clase de subjetivismo en el modo en que se entiende la presentación de los hechos en el proceso. Ese subjetivismo comporta una incapacidad para diluir la incertidumbre pues tienen la propiedad de impedir una determinación clara del establecimiento de los hechos del caso.

3. LA JUSTICIA DEL PROCESO COMO SALIDA APARENTE.

Una alternativa interesante frente a la constante desazón que se aprecia tanto en la teoría como en la práctica acerca de la prueba jurídica consiste en definir dos puntos en que el proceso queda enfrentado a ciertos modos de comprensión del conocimiento.

El primero de ellos puede ser llamado como "*la confianza en la certeza*". La mayoría de los modelos y sus análisis parten de la base de la consecuencia, escéptica o no, de la certeza. En materia penal, por ejemplo, suele decirse que es necesaria una "alta" certeza para condenar y que esta exigencia no es del todo necesaria en el caso del derecho civil.

Esta idea, a mi juicio, se enfrenta a dos problemas. El primero de ellos, se refiere a la manera en que el conocimiento acerca de los hechos se despliega. Pareciera que no es posible movernos de la duda a la certeza, sino tan sólo de la certeza a la duda. La incertidumbre parece ser un predicado de cierta clase de actividad probatoria: aquella que no ha permitido de modo suficiente la afirmación del predicado *está probado que p* y correlativamente tampoco ha permitido la satisfacción del resultado *está probado que no p*. Este punto ha sido advertido con claridad, entre otros, por TARUFFO, quien muestra que la fisonomía de la decisión

probatoria debe admitir entre la verdad y falsedad de un enunciado su capacidad de ser *incierto*.¹⁶

Pareciera, por ejemplo, que el modo en que las partes, de manera estratégica, exponen sus relatos sobre los hechos en un juicio, asumen lingüísticas que se dejan describir como versiones "verdaderas" y respecto de las cuales cabe corroboración.

En segundo lugar, parece que si no se enfrenta de este modo la actividad probatoria y las decisiones que respecto de ella se tomen, se confunden con la decisión judicial.

Entre nosotros, se suele pensar que la satisfacción de determinadas reglas de valoración probatoria permiten adoptar una determinada decisión acerca de los hechos. Pero esto es cuestionable incluso desde el punto de vista de la decisión de aplicación (y en su caso de satisfacción) de un estándar de prueba que da lugar a la decisión judicial. Esto, porque tradicionalmente el estándar de prueba queda redactado en términos de "si usted ha satisfecho este estándar entonces condene".

Pero esta no es la forma exacta que toma la decisión. En algún sentido, el estándar de prueba, por ejemplo, de la duda razonable, habilita al juez a levantar un discurso acerca de la condena pues el supuesto "está probada la hipótesis de culpabilidad en términos de los hechos que le describen" se encuentra justificada. Pero para "condenar" el juez necesita una etiqueta extra. Es necesaria la concurrencia de una regla de derecho sustantivo que permite conocer el sentido jurídico de la prueba de los hechos. Es decir, satisfecho el estándar de la duda razonable en el proceso penal, el juez necesita poder decir que esos hechos se dejan explicar a través de la etiqueta, por ejemplo, del delito de homicidio.

¹⁶ Ver TARUFFO, M. (2013) "Las situaciones probatorias aspectos lógicos de la decisión sobre los hechos", en: BONORINO, P. (Coord.) *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*. Debates sobre abducción, Madrid: Comares.

En este sentido, el delito de homicidio en tanto regla sustantiva debe ser incorporado como estándar que habilita a la decisión judicial concreta respecto de un homicidio amparado en esos hechos (los probados en el juicio). En algún modo, toda regla sobre las decisiones procesales debe comprender la definición de ciertos hechos institucionales, en el caso del proceso penal: los delitos.

Una cuestión que aparece de extrema relevancia es la noción de *justicia* que admite ser administrada a través de las reglas probatorias. Este es un punto en que la mayoría de la doctrina comprometida con teorías racionales de la prueba se encuentra en silencio.

Se suele asociar, como hace el propio Laudan¹⁷, la decisión judicial a la coherencia más o menos fuerte respecto del tipo de error que puede darse en determinado contexto procesal. Es un error condenar inocentes y es también un error absolver culpables. Pero un enfoque que prescinda de un determinado compromiso de justicia política no puede describir esos errores como injusticias. O más bien, un enfoque en esta línea no puede describir la injusticia de la condena del inocente y su preferencia respecto del error de la absolución de un culpable. La pregunta a enfrentar en este punto es: ¿puede considerarse alguna forma de justicia como marco con potencial aplicativo para este contexto?

Existen diversas ideas asociadas al uso del derecho al servicio de nociones propias de la filosofía política. La ética del cuidado, la noción de “cuidado empático”, la igualdad, la censura como acto de reconocimiento sirven como punto de partida para comprender el modo en que las reglas del proceso distribuyen errores. En este sentido, el uso de la regla de estándar de prueba se mueve desde el mínimo (preponderancia) al máximo (alguna forma de duda razonable) de la mano del modo en que el conflicto presentado determina a la decisión.

En esta tesis, el grado de cuidado que la prudencia exige respecto de un conflicto acerca del cumplimiento de una condición resolutoria

tácita no es igual al que debe enfrentarse respecto de un crimen. Esto supone no diferenciar categorialmente entre proceso penal y civil, sino que debemos determinar clases de conflictos (morales) y asociar el tipo de prudencia que a cada uno debe aplicarse. Esto permitiría explicar por qué puede usarse un estándar de preponderancia reforzada (o “evidencia clara y convincente” asociada a la fórmula $P > 0.75$) en los casos de daño civil y no el de preponderancia.

Una propuesta como esta, descansa en la necesidad de encontrar y formular, ahora, la forma en que la prudencia queda descrita como herramienta respecto de la verificación de hechos. Es evidente que esta tarea nada sencilla, descansa en todo caso, en la idea de “plausibilidad” de versiones acerca de los hechos y, por otro lado, no es capital para conformar la decisión debido a que vuelve patente la necesidad de asociar una regla de derecho sustantivo para la adopción de una decisión.

17 LAUDAN, L. (2005a), p. 111-113.

III. EL LUGAR DEL MERECIMIENTO: INTUICIONES SOBRE LAS RELACIONES ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL¹

1. INTRODUCCIÓN

En Chile las relaciones entre proceso penal y derecho penal han sido vistas como si se tratara de dos disciplinas completamente independientes. Sin embargo, resulta bastante evidente que la manera en que se adoptan las decisiones sobre incriminación de determinadas conductas disuelve esa pretensión de independencia. No hay un campo completamente cerrado al derecho penal sustantivo ni uno completamente adjetivo para el derecho procesal.

En algún sentido el carácter adjetivo del proceso penal parece haber sido la excusa para considerar que los problemas esenciales de justifi-

¹ Este trabajo es una versión modificada de la ponencia presentada en el II Congreso de Derecho Penal organizado por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco la invitación realizada por la Comisión Organizadora de ese Congreso. Además parte de este trabajo, ya modificado, fue presentado en el seminario del Grup de Recerca de Filosofia del Dret de la Universitat Pompeu Fabra en septiembre de 2016. Agradezco a los miembros de ese grupo las valiosas observaciones realizadas y en particular a Josep Lluís Martí por la invitación y por su siempre calurosa acogida.

cación de las reglas procesales no tienen conexión con la justificación de las reglas penales.

Quiero defender la tesis según la cual existe una dimensión procesal del merecimiento que se relaciona con el intersticio en que la denominada "teoría de la pena" se anuda a la "teoría de la prueba" en materia penal.

En este sentido el discurso, en alguna medida abstracto, de justificación de la pena guarda íntima conexión con el modo en que se justifica en concreto una decisión bajo condiciones de evitación y distribución de errores. Lo que ocurre en los hechos y se determina en términos procesales determina a su vez a los supuestos de acción de la pena.

El dilema del castigo del inocente (y subsecuentemente la absolución de culpables) es el escenario que ha permitido tomar partido por una teoría retributiva de la pena aceptando la premisa que indica que nunca es legítimo castigar a un hombre (o mujer) inocente. Además permite otorgar una dimensión empírica al merecimiento a través de la carga de distribución de errores que una noción racional de la prueba prescribe para el proceso penal. Asumir que es moralmente injustificado el castigo de un inocente se proyecta en la conceptualización de "error" en materia procesal.

En otros términos, dado que la pregunta por la fundamentación de la pena puede quedar contestada de acuerdo a las premisas de alguna clase de retribucionismo es posible encontrar una cara empírica para el merecimiento a través de la teoría de la prueba: el merecimiento tiene lugar en un contexto procesal a través de las reglas de prueba que permiten sostener un modo de distribución de errores en el proceso penal.²

Esta es la perspectiva que se asume desde, por ejemplo, la epistemología jurídica. Así, LAUDAN señala:

"[O]curre un error cuando una persona inocente es tratada como culpable o cuando una persona culpable no es hallada como tal por el sistema. Por obvias razones, llamaré a la primera clase de error un falso hallazgo inculpatorio y, al segundo, un falso hallazgo exculpatorio."³

2 LAUDAN, L. (2013) *Verdad, Error y proceso penal*. Barcelona: Marcial Pons, p. 34.

Estos son los términos en que la discusión debe ser enfocada, el error al que el proceso penal se enfrenta comparte importantes propiedades con el escenario en el que el dilema del castigo del inocente provee para la justificación de la pena.

2. EL DELITO EN ABSTRACTO Y EN EL PROCESO

El delito no es un tipo de acaecimiento que se deje describir desprovisto de su significado moral. En el ámbito continental la filosofía del derecho penal ha dado cuenta de un modo de significación del delito que excede con creces la altamente sofisticada etiqueta dogmática de "hecho típico antijurídico y culpable". Los filósofos políticos como los filósofos morales, han desplegado esfuerzos orientados a explicar el fenómeno del delito como algo que exceda al modo de comprensión de los académicos del derecho penal, sobre todo de aquellos que se dedican a cierta forma de cultivo de la denominada "teoría del delito" de raigambre germánica en el derecho comparado europeo continental.

Puede decirse que, en términos de la comunidad, el delito es algo más que la complicada elucidación del sentido analítico de las acciones, de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Esto deriva esencialmente del modo de significación político de las instituciones jurídicas. De acuerdo al ya conocido trabajo de Atria, las instituciones significan imperfectamente algún tipo de arreglo acerca de lo que no queremos. El delito no escapa a esta caracterización.³

Cierta literatura que mezcla el modo de comprensión de la filosofía política y del derecho penal ha intentado dar sentido a esta etiqueta designando al delito como "*mal compartido*". El delito expresa un arreglo moral que permite sostener que se trata de un mal que activa una res-

3 ATRIA, F. (2011) "Viviendo bajo ideas muertas: La ley y la voluntad del pueblo", trabajo presentado en: SELA, p. 22. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Atria_CV_Sp_20110520.pdf.

puesta que denominamos pena y que centralmente censura el hecho que expresa el mal. La pena es una clase de penitencia secular.⁴

Un camino definido por esta noción altamente “filosófico-moral” es el seguido, por ejemplo, por VON HIRSCH⁵, quien entiende que lo que en la agenda de discusión del derecho penal se enfrenta es esta pretensión de fundamentación “proporcionalista” o “retributiva”, a nuevos paradigmas provenientes de las diversas variantes del consecuencialismo (aquí se inscriben esfuerzos como la justicia restaurativa o la incapacitación). Es por ello que podemos hablar de un “consecuencialismo anclado o atado” de acuerdo a la denominación también acuñada por VON HIRSCH, pero que no puede eludir el dato fundamental apuntado por ASHWORTH Y ZEDNER:

“El propósito del derecho penal es propender a la censura y condena de aquellos que hayan cometido males que puedan (justificadamente) ser criminalizados”⁶

El delito expresa un mal que debe ser tenido como un mal intuitivamente compartido en la comunidad, en el que se pueda apreciar un tipo de reproche moral que justifique a la pena. Es este mismo reproche, que tiene lugar en la imposición de la pena, el que queda procesalmente justificado por medio de la satisfacción de condiciones de imposición concreta de la pena. Las reglas que habilitan a un juez a dar por cierta una hipótesis acusadora permiten, subsecuentemente, sostener que existe habilitación para censurar al acusado.

4 DUFF, R. A. (2003). “*Penance, punishment and the limits of community*”, en *Punishment and Society*, Vol. 5, n. 3.

5 VON HIRSCH, A. (1998b), “Penal Theories”, en M. Tonry ed., *The Handbook of Crime and Punishment*, New York: Oxford University Press, pp. 659–682.

6 ASHWORTH, A. Y ZEDNER, L. (2008) “Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions”, en *Criminal Law and Philosophy*, Volume 2, Issue 1, pp. 21–51.

3. PENITENCIA SECULARIZADA Y EMPÍRICA

Sobre esto último vale la pena tener mayor precisión. La imposibilidad de condenar inocentes es una de las pretensiones de justicia básica del derecho penal. Esta pretensión queda expuesta, necesariamente, a la posibilidad de absolver culpables. La preferencia por el acaecimiento de uno de estos errores (la absolución de culpables) radica precisamente en la intuición moral básica de castigar sólo a los culpables.

Ciertamente, si se mira al proceso en términos sólo epistemológicos no es posible adoptar este punto de vista tranquilamente. El escepticismo moral que parece estar implícito en las tesis acerca del proceso como mecanismo de averiguación de la verdad impide ver el problema de la condena de inocentes en términos morales. Dicho de otro modo, el lenguaje epistemológico es incapaz de describir en términos de corrección o incorrección (moral) la preferencia por una determinada forma de distribución de errores procesales.

La pena es inflicción de censura justificada por la realización en el pasado del mal. Es, conforme a varias formulaciones, una manera en la que el derecho afirma su preeminencia sobre las acciones que expresan el mal.

Esta es la línea que he explorado con mayor intensidad. El delito es una clase de mal compartido y la pena es una clase de penitencia secularizada?

El mismo Duff plantea una pregunta sobre los términos en que puede abordarse la legitimidad en el derecho penal. La pregunta es cuál es el papel legítimo que cabe atribuir, en el contexto del derecho penal y su mecanismo de castigo, a las razones de orden religioso o asociadas a valores vinculados a la religión.

7 VALENZUELA, J. (2010) “La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena.”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXIII Nro. 1. 2010. p. 255–268.

Es evidente para cualquier lector de derecho penal que la pregunta sobre la concurrencia de razones morales, más vinculadas a la idea de religión, ha sido respondida con extrema dureza por parte de una arraigada tradición de filosofía penal que intenta reconocer en la puesta en juego de razones morales una mayor o menor intromisión en la órbita privada de los integrantes de la comunidad.

Esta intromisión ha sido frecuentemente rechazada por la constante “defensa” que deben realizar los ciudadanos del ejercicio del plan punitivo estatal.

La razón fundamental para esta respuesta está constituida por considerar que no es legítimo que el Estado, por medio de acciones de autoridad, inculque una determinada creencia.

Las claves de autonomía y privacidad constituyen una “actitud liberal” ante el problema de las razones religiosas frente al derecho penal. En términos de DUFF, las razones morales se asocian al alma de los ciudadanos, y el alma de los ciudadanos es algo que no interesa al Estado en el ejercicio de la práctica punitiva⁸.

Para enfrentar, en abstracto, la posibilidad de imposición de una pena, el punto de partida es un juicio hipotético: un miembro de la comunidad ha pecado. Este pecado expresa una lesión de intereses de otros miembros de la comunidad, pero más expresivamente contiene un fallo en la motivación interna del pecador.

Una cuestión interesante está en valorar que el pecado consiste precisamente en el fallo de los motivos para realizar la acción. Estos fallos pueden contraponerse a la decisión de confesar la falta.

La confesión se encuentra intensamente relacionada con la disculpa o el perdón. La confesión y el arrepentimiento expresan la necesidad del perdón por el pecado cometido. Por medio de la confesión, el arrepenti-

miento y el perdón permiten reconstruir la relación entre el pecador y su comunidad. Se compensa el daño que ha causado el hecho de la falta.

Sin embargo, la confesión y el perdón no terminan con el problema. El círculo se cierra por medio de la penitencia. La penitencia constituye un mecanismo necesariamente doloroso o desagradable para el pecador en conexión con el mal de su pecado. La penitencia está sometida a la culpabilidad y es por tanto objeto de proporcionalidad.

La penitencia expresa la comprensión del mal causado. Es una cuestión que interesa a los restantes miembros de la comunidad y al pecador. No es un asunto relevante para obtener el perdón de Dios. Dios no necesita evidencia de la seriedad del arrepentimiento y del padecimiento por la falta cometida. Quien lo necesita es el pecador.

La penitencia es una forma de tomarse en serio el hecho del arrepentimiento y la obtención del perdón.

La penitencia es un medio para recomponer la relación entre el pecador y los demás miembros de la comunidad. En este sentido es un mecanismo inclusivo para el pecador.

Para acceder al nivel de comunicación simbólica imbricado con la penitencia es necesario ser reconocido como un miembro de la comunidad. Sólo los miembros de la comunidad que tengan una relación establecida con los otros pueden recomponer esa relación quebrada por el pecado.

La pena, en esta perspectiva, puede ser vista como un proceso comunicativo entre el autor y la comunidad política.

Por cierto, el carácter de “apropiada” de la pena se asocia a la forma que ésta toma. La forma punitiva, dominada por la expresión de censura, se integra además con la satisfacción de juicios de adecuación, como la proporcionalidad (en concreto, un juicio de proporcionalidad ordinal).

El uso del derecho penal como penitencia por el Estado puede traer ciertas consecuencias de importancia: primero, diluye los esfuerzos contractuales que intentan representar a la comunidad política como (cuasi) voluntaria. La obligación comunitaria es habitualmente no vo-

8 DUFF, R.A. (2003) p. 296.

luntaria, los ciudadanos no pueden separarse o considerarse separados de la comunidad ante cada disgusto que puedan manifestar.

Segundo, incluso si podemos reclamar que todos deben aceptar los valores por los que su conducta podrá ser juzgada, no es claro que todo se haga pensando en el juicio a posteriori de la conducta. Es decir, si bien es claro que las reglas que constituyen al derecho de una determinada comunidad (y con ello a la propia comunidad) pueden ser exigidas en términos coactivos, ese rasgo, la exigencia por la fuerza y la consecuente actuación estratégica del destinatario de las reglas, no ofrece una descripción suficientemente fiel.

Tercero, la pena no es, ni debe ser, condicionada a una confesión voluntaria. La confesión y el estatuto privilegiado de no autoincriminación no pueden ser horadados. Sin embargo, el uso del derecho penal en torno a la idea de confesión puede ser realizado en la medida que no se realice por medio de un constreñimiento estatal a la misma.

Cuarto, la pena no es ni debe ser opcional. La pena expresa un imperativo de justicia que no puede ser enfrentado como un asunto “consecuencial” o neutro para el penado.

4. CRITERIOS PROCESALES E INTUICIONES SOBRE LA PENA

Los ciudadanos tienen confianza en la proporcionalidad expresada en las sentencias judiciales. Pero no es igual la confianza depositada en la proporción de la decisión de los jueces que la confianza depositada en la compensación.

Los ciudadanos pueden esperar que los jueces fallen siempre igual en casos similares. Por cierto, la espera tiene sentidos diferentes en un sistema de *stare decisis* que en un sistema romano continental, pero en general las sociedades suelen esperar que los casos iguales tengan igual decisión. Existe una determinada confianza en la proporcionalidad cardinal del sistema penal.

Es probable que también los ciudadanos esperen que la culpabilidad del acusado sea un límite para la adopción de la decisión con el objetivo

de que sea esta una decisión justa. Esta es una confianza en la culpabilidad, en la proporcionalidad ordinal y en alguna medida en la operación del principio de compensación.

Sin embargo, la confianza en la proporción supone como mínimo distribuir eficazmente la pretensión de no castigar inocentes para absolver culpables la forma del proceso.

La confianza que el ciudadano deposita en quienes administran el castigo penal depende de la verificación fáctica de resultados altamente compatibles con “tomarse el crimen en serio”.

La discusión en términos de filosofía moral del castigo penal contiene exactamente un dilema en torno a la condena de inocentes y a la absolución de culpables.

Un terreno donde este problema se encuentra prácticamente abandonado en el ámbito continental es en el relativo a la explicación del proceso penal a partir de este debate.

Como bien ha destacado Andrew ASHWORTH, la descripción del proceso penal arranca desde el mantenimiento de una determinada fórmula de administración del castigo⁹. De este modo la asunción de una tesis retribucionista de la pena en el terreno del proceso penal sirve de base para enfrentar un punto en el que la confianza de la ciudadanía se vuelca de manera habitual.

Los ciudadanos confían en las decisiones que se toman con buena información. A mayor y mejor información mejor decisión. Una decisión procesalmente justa en materia penal es aquella por la cual se cumple la máxima benthamiana de “todos los infractores de la ley son sancionados, pero sólo ellos”¹⁰.

9 ASHWORTH, A. Y ZEDNER, L. (2008) “Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions”, en *Criminal Law and Philosophy*, Volume 2, Issue 1, pp 21–51.

10 FERRER, J. (2010) “La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, en ACCATINO, D. (Coord.) *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago: Abeledo Perrot.

Puede considerarse al efecto, los experimentos sobre “populismo punitivo” y “actitudes punitivas de los ciudadanos”. Hay casos en que los ciudadanos manifiestan desconfianza en el modo de calibrar o medir la culpabilidad por parte del adjudicador, pero puestos en el caso abstracto de decidir la magnitud de la pena suelen asociar una pena menor que la establecida por ley y la que suele ser establecida por los jueces.¹¹

¿Qué clase de argumento es necesario enfrentar al efecto? Diría que uno que se acerque al tipo de contribución de autores como Larry LAUDAN, Ronald ALLEN o Michael PARDO. Es decir, se acerca a la forma epistemológica de la decisión judicial.

La discusión sobre teoría racional de la prueba, supuestos epistémicos de la valoración de la prueba y definición de un estándar racional de prueba impacta directamente en nuestra discusión. Por supuesto, el modo de redacción actual de esta discusión parece conducirnos siempre a un escenario “adjetivo” o únicamente dirigido a la interpretación de reglas del proceso penal pero nunca con la aptitud de explicar cuestiones que podrían ser llamadas “sustantivas”.

La definición de la idea de justicia del estándar de prueba—por ejemplo—es una tarea siempre eludida por los epistemólogos del derecho, en particular por considerar que se trata de un tipo de lenguaje que les resulta por completo ajeno. No obstante, enfrentada la pregunta acerca de la manera en que un determinado estándar de prueba—por ejemplo, la duda razonable—permite distribuir errores en el proceso penal, el silencio es absoluto, sin embargo, se relaciona intensamente con el mismo dilema central de la teoría del castigo, ¿cuándo puede ser sancionado un hombre inocente?

En términos de decisión judicial, incluso, la pregunta se precisa y toma la forma de persecución del ideal regulativo de no condenar inocentes, asumiendo la falla necesaria que se producirá en el acto de decisión

judicial, centrándose, por tanto, en la cuestión de ¿cuántos inocentes irán a la cárcel?

Un consecuencialista no puede enfrentar de buena manera este problema. Si logramos exponer buenas razones por las cuales ni un solo inocente debe ir a la cárcel el consecuencialista tendrá dificultades para enfrentar la cuestión acerca de “entonces absuelva en todos los casos”. Si un juez decide absolver en todos los casos, es seguro que no condenará a ningún inocente. Pero es también seguro que absolverá a todos los culpables. Y no parece una intuición razonable la que indica que los culpables pueden irse a la calle porque debemos asegurar que ningún inocente ira a la cárcel. Esto no desplaza por completo a las tesis consecuencialistas, ciertamente tienen funcionalidad para explicar el sentido de la aplicación de la pena en el marco de la reconstrucción de los lazos del penado con la comunidad.

Si lo que se pretende es que todos los culpables terminen condenados, entonces puede “condenarlos a todos” como parecen sugerir ciertos slogans publicitarios de la actual discusión política. Por otro lado, si se condena a todos, es seguro que todos los inocentes terminarán en la cárcel destruyendo la confianza de los ciudadanos en el sistema, socavando su orientación a la verdad.

Sin el merecimiento como razón fundamental para imponer una pena no es posible ver el problema anterior.

En nuestro país, como en la mayoría del mundo continental, esta conexión ha permanecido inadvertida. El mismo dilema moral que da lugar a la justificación de la pena en términos general sirve de base para justificar la práctica judicial respecto de los delitos y explica a la institución central para la adopción de decisiones en el derecho penal: el estándar de prueba.

Los ciudadanos dejan de tener confianza en un sistema injusto, pero un sistema injusto no es un sistema que siempre se ajusta a alguna noción de justicia abstracta, un sistema injusto es un sistema que no distribuye los errores judiciales de manera razonable.

¹¹ VARGAS, D. (2009). “Somos los españoles punitivos?: actitudes punitivas y reforma penal en España”, en *Indret*, num. 1/2009.

Esta es la cara empírica del merecimiento, el merecimiento se vuelve empírico allí donde es individualmente corroborado. La existencia de las cosas está determinada por sus posibilidades de corroboración.

Esta corroboración se produce abiertamente en el ámbito de la apreciación judicial de la evidencia acerca de los delitos y queda marcada por el modo de comprensión de una regla de estándar de prueba (entre otras reglas de enfrentamiento de la incertidumbre).

La pena se fundamenta retributivamente, la justicia de la pena ha de estar determinada por la posibilidad siempre compleja de expresar reproche y la fenomenología del reproche se devela a la hora de ser enfrentada a los discursos acerca de los hechos en el proceso penal. La faz empírica del reproche es la faz empírica del control intersubjetivo de la decisión judicial.

IV. PR

BILIDAD: SOBRE TRE LA PRISIÓN PREVENIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO PROCESAL CHILENO¹

1. EL INOCENTE ANTE EL DERECHO Y EN EL LENGUAJE COTIDIANO

Cuando un crimen tiene cierta repercusión mediática y se logra detener a algún sospechoso, se suele hacer uso de expresiones tales como “se ha detenido al presunto responsable”, “se busca en calidad de presunto autor”, “se ha dado con el paradero de los presuntos culpables” entre otras muchas fórmulas similares. Con ello parece designarse la vinculación entre el o los hechos que constituyen crímenes conocidos y la única información disponible en torno al responsable jurídico del mal causado con el delito. Se conoce el daño y se tiene una precaria información acerca del responsable o de la existencia de un responsable y muchos casos de la víctima.

¹ Este capítulo es una versión corregida y ampliada del artículo publicado originalmente en la Revista de Estudios de la Justicia, núm. 14, 2011, pp. 53–70.