

PRESUMIR RESPONSABILIDAD: SOBRE UNA RELACIÓN ENTRE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO PROCESAL CHILENO

Presuming responsibility: on the relation between custody and presumption of innocence in chilean procedural law

*Jonatan Valenzuela**

Resumen: Una de las intuiciones más extendidas en el estudio del derecho procesal es la que dice relación con la presunción de inocencia y su correlativa defensa. Este trabajo pretende delimitar el contenido de esa intuición en tanto razón de crítica del uso de la prisión preventiva.

Abstract: Presumption of innocence and its defense are one of the most extended intuitions in the study of procedural law. This paper aims to define the content of this intuition as a critical instrument of the use of custody.

Palabras clave: Derecho Procesal - Presunción de inocencia – Prisión preventiva – Inocente en el derecho procesal – Racionalidad de las reglas de prisión preventiva.

Keywords: Procedural law - Presumption of innocence – Custody - Innocence in procedural law - Rationality of custody rules.

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, la prensa (y a veces también aquello que podemos llamar “opinión pública”) 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 similares. Con ello parece designarse la vinculación entre el o los 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. El uso ordinario de la “presunción” en este nivel tiende a vincular al sujeto del que se

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile (Chile), Diplomado en Derecho Procesal Penal por la Universidad de Chile (Chile). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho en la Universidad de Girona (España). Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad de Girona (España). Campus Montilivi s/n, 17071, Girona, jonatan.valenzuela@udg.edu. Agradezco los comentarios del profesor de Filosofía del Derecho de la Universitat de Girona, Dr. Jordi Ferrer, a una versión anterior de este trabajo.

sospecha con el culpable del delito. Parece ser que “lo presumido” es la responsabilidad del sujeto en búsqueda o detenido, pero no su inocencia.

Así, por ejemplo, podemos encontrar en la prensa menciones como la siguiente:

«Ocho personas de nacionalidad india que trabajan en tres tiendas de aparatos electrónicos de Benidorm han sido detenidas por, *presuntamente, estafar a extranjeros* de avanzada edad, a quienes pasaban varias veces las tarjetas de crédito por los datáfonos con la excusa de un mal funcionamiento.»¹

Los datos disponibles sostienen que: (1) se ha cometido una estafa en contra de unos ancianos pasando varias veces sus tarjetas de crédito con la excusa de que el aparato que registra la operación comercial se encontraba descompuesto y (2) que se ha detenido a 8 personas de origen indio por estos hechos.

De ahí se deriva la conclusión (3): los detenidos son presuntos responsables. Es extraño, pues lo que no podríamos sostener es que las personas en la hipótesis (2) han estafado de acuerdo a la hipótesis (1), al menos no desde la perspectiva del derecho español vigente (y aplicable a este caso), que permite sostener que lo que se presume es que esas personas son inocentes en tanto no exista una sentencia condenatoria en su contra.

En otro texto encontramos lo siguiente:

«Los Mossos d'Esquadra han detenido en dos operaciones diferentes a 43 *presuntos ladrones* de cobre y metal, acusados de más de una veintena de robos en el área metropolitana de Barcelona, y que al parecer lograban revender el material robado, por un valor multimillonario, en el mercado asiático. La cantidad de material robado asciende a más de 8 millones de euros.»²

En esta noticia tenemos que: (1) se han cometido una serie de robos de cobre y metal; (2) que en dos operaciones policiales diferentes se ha detenido a 43 personas acusadas de una veintena de robos. De estas dos premisas se obtiene una proposición (3): que estas 43 personas son los *presuntos ladrones* del cobre y metal. Nuevamente, se presume exactamente lo que no puede presumirse, se presume la responsabilidad de los detenidos (3) al designárselos como presuntos ladrones, y se considera además su carácter de acusados de otros delitos.

¹ Diario “El mundo”, edición de 11 de noviembre de 2010.

² Diario El País, edición de 11 de noviembre de 2010

Este uso es extendido. Suele asociarse a quien, en el lenguaje procesal, sería el imputado con quien será señalado como el presunto responsable o el culpable.

Esto es llamativo pues, al menos en los sistemas occidentales, lo que suele enseñarse en las facultades de derecho es que lo que se presume es la inocencia ante una imputación penal, sobre todo si esta es primigenia, como es la de un detenido de quien se sospecha cierta participación en un determinado delito.³

Lo que se presume es que las personas que no han sido señaladas como culpables deben ser tenidas como inocentes. Sin sentencia condenatoria todos cuentan como inocentes, aunque claro, el lenguaje ordinario parece indicar precisamente lo contrario.

Este divorcio, entre la concepción propia del lenguaje ordinario y la concepción estrictamente procesal suele ser caldo de cultivo para una serie de críticas en torno a la utilidad, en términos sociales, del proceso penal. Suele acusarse a los jueces de ser “blandos” cuando, entre otros, deciden que el imputado (presumido inocente, pero concebido ordinariamente como presunto culpable) es puesto, por ejemplo, en libertad y no se determina a su respecto la medida cautelar personal de prisión preventiva.

En este caso el esquema sería algo como lo que sigue:

- (1) Se ha cometido un delito (por ejemplo, un robo);
- (2) Se ha detenido a un sujeto pues sus rasgos coinciden con los rasgos que la víctima sostiene que tenía el ladrón.
- (3 α) Se sostiene en el “lenguaje coloquial” que se ha detenido al “presunto ladrón”;
- (3 β) Se sostiene en el “lenguaje procesal” que se ha detenido a un “inocente”.
- (4 α) Se decreta la prisión preventiva del presunto culpable/inocente;
- (4 β) Se decreta la libertad del presunto culpable/inocente⁴.

Pues bien, el problema que quiero enfrentar en este trabajo es la relación que se produce en los siguientes casos:

- Caso 1: (1) \wedge (2) \wedge (3 α) \wedge (4 β)
Caso 2: (1) \wedge (2) \wedge (3 β) \wedge (4 α)⁵

³ De hecho en nuestra doctrina se concibe a la presunción de inocencia como un “principio político sobre el cual está estructurado todo el proceso penal moderno”, véase HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, 2003, p. 79.

⁴ Esta “libertad” puede ir asociada a otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, con lo que no se trata de una declaración de “inocencia” como veremos. Evidentemente no se puede declarar inocente a quien *es* inocente.

⁵ Esta es la manera en la que he decidido graficar las dos clases de intuiciones que creo confluyen en el problema objeto de este trabajo. No pretendo que sea una reducción lógica del problema.

En el primer caso tenemos que se ha cometido un delito, que ha detenido a un sospechoso, que ese sospechoso tiene el tratamiento de presunto responsable y se ha decretado su libertad en las primeras actuaciones del proceso.

En el segundo caso tenemos que se ha cometido un delito, que se ha detenido a un sospechoso, que ese sospechoso es tenido como inocente y se ha decretado la prisión preventiva en su contra.

Veremos por qué ambos casos requieren clarificar las nociones de medida cautelar personal prisión preventiva y de pena para delimitar el ámbito de juego de la presunción de inocencia.

En el caso 1, tenemos que el “reclamo” que se puede realizar es el siguiente: si tenemos un sujeto que a todas luces parece ser culpable de un delito, parece extraño que se haya decretado su libertad. Pensemos por ejemplo en un caso de uso de información privilegiada. Si el delito se comete por medio de actuaciones bursátiles, puede resultar evidente la responsabilidad del imputado. Si es que es conocida, por ejemplo, su calidad de gerente general de la empresa que parece haber producido el daño en la confianza del mercado de capitales esta asociación puede producirse.

Es muy probable que la información de prensa, y la percepción general de la comunidad estén alineadas en torno a considerar “culpable” o “responsable” a este gerente. Sin embargo, dadas las características del delito, parece imposible que se alteren y manipulen las pruebas, no parece probable que el imputado se fugue (porque le podemos sujetar a una medida cautelar como el arraigo en territorio nacional), y es razonable pensar que el contexto en que se dio el delito pueda replicarse (porque depende de ciertas condiciones de mercado como por ejemplo una oferta pública de acciones).

En este caso, se sostendría que dado que el sujeto tiene a su favor la presunción de inocencia, debe ser puesto en libertad. Esto porque los fines del proceso no se ven alterados con su puesta en libertad. Vemos, que en realidad debe sostenerse que la proposición “se ha detenido al presunto responsable” queda derrotada dadas las características del caso, y que la razón que tenemos aparentemente más a la mano es la relativa a la existencia de la presunción de inocencia.

Sin embargo, según veremos, esto exige que asumamos una concepción de la medida cautelar de prisión preventiva como algo compatible con el encierro de un inocente. Entonces, que el sujeto sea inocente no es lo definitorio, sino que los fines perseguidos por la medida cautelar quedan cubiertos dadas las características del caso con el arraigo. Esto nos permite decir que los inocentes pueden ser encerrados en la medida que existan razones de orden procesal (que aseguren el sentido del proceso) para justificarlo. En esta segunda visión, es irrelevante que el sujeto sea inocente para decidir la aplicación de la prisión preventiva.

En el caso 2, tenemos que si partimos de la premisa de que el imputado es inocente y se decreta la prisión preventiva estamos ante una tensión o un problema. O como sugiere Ferrer, parece difícil compatibilizar la noción de inocencia del imputado con el hecho de la aplicación de una medida cautelar como la prisión preventiva.

La doctrina procesal, en especial aquella que se autoconcibe como “garantista”⁶ se ha creado una noción que busca explicar la tensión que se produce por medio de este uso “indebido” de la presunción: se dice que por medio de la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva se produce una “*anticipación punitiva*”.⁷ Esto porque considera que la forma natural de la pena es el encierro y la medida cautelar de prisión preventiva consiste precisamente en una clase de encierro.

Dado que existe una fuerte intuición en torno a presumir la responsabilidad y no la inocencia, o al menos, relacionado con esta intuición, en los casos en que *el juez decide la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva está anticipando la pena*.

No estoy de acuerdo con esta noción. Creo, y esta es la tesis que se defiende en este trabajo, que de esta manera se confunde los ámbitos de juego de la presunción de inocencia y de la prisión preventiva. Creo que hablar de presunción de inocencia en el ámbito de una medida cautelar es erróneo. La inocencia sólo tiene impacto frente al discurso propio de la pena.

Reconozco que este juicio (vincular la presunción de inocencia con una crítica del uso de la prisión preventiva) es numeroso. Ello no implica, de todos modos, que sea correcto. Creo que no puede hablarse de presunción de inocencia en el marco de la prisión preventiva (como en ninguna cautelar), debido a que la presunción de inocencia se vincula a la racionalidad de la sentencia (donde debe decidirse si el imputado es o bien culpable o bien inocente).

El dilema central al que se enfoca la presunción de inocencia es a la imposibilidad de condenar a un inocente en el momento en que pueda decidirse si el imputado es o no inocente y reciba correlativamente una pena. Derivado de este impedimento la noción de “inocente” obliga a un determinado trato durante un proceso penal. Es claro que el inocente que es llevado al proceso como imputado no tiene a su favor las mismas intuiciones que quien se encuentra completamente desvinculado del mismo, por ello el legislador al formular el modo de convertir al

⁶ El garantismo a pesar de su evidente polisemia campea en la discusión académica vinculada al proceso penal. No puedo detenerme en las razones por las cuales se produce este fenómeno, como tampoco en las críticas que pueden dirigirsele, especialmente, a cierta versión de garantismo relacionado con el neoconstitucionalismo.

⁷ Véase, por todos, FERRER, Jordi, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, 2010.

inocente en culpable refuerza el carácter de “inocente” de quien se encuentra imputado en un proceso. En términos sencillos, el imputado debe contar como si fuera un inocente, aunque no lo sea materialmente.

Debe tenerse en cuenta que clase de teoría de la pena consideremos correcta, y qué clase de comprensión de las medidas cautelares consideremos también correcta. Veremos, en todo caso, que cualquier teoría de la pena que dé un mínimo espacio para la noción de censura será suficiente para descartar el uso de la presunción de inocencia antes del acto de condena.

En este trabajo ofreceré el argumento en tres pasos: primero debemos encontrar una visión panorámica de los posibles ámbitos de juego de la presunción de inocencia de manera de delimitar el espacio en el que se desarrollan los argumentos presentados en este trabajo: sólo me referiré a la presunción de inocencia como *regla de trato* procesal.

En segundo lugar debemos enfrentar el argumento acerca de la tensión entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva, para lo que debemos centrarnos en explicar –a propósito del dilema del castigo del inocente- qué lógica subyace a la pena y a la medida cautelar.

Veremos que en realidad la cuestión problemática de la prisión preventiva deriva de determinar su *proporcionalidad*.

Finalmente intentaré ofrecer algunas conclusiones y/o consecuencias acerca de la posición que intento delinear, dando una noción de inocencia con la que pueda trabajarse en el derecho procesal penal chileno. En esta sección es donde intentaré exponer mi crítica a la regulación chilena en esta materia.

2. LA DIMENSIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO.

A pesar de que a nivel doctrinario la presunción de inocencia goza de un cierto prestigio teórico (se habla de ella como si fuera un “principio informador”, nuestro legislador procesal lo ha situado en lo que denomina “principios básicos” del proceso) existe literatura que sitúa de manera bastante precisa los ámbitos de juego de la presunción de inocencia. Es el caso del reciente trabajo de Ferrer.⁸

⁸ *Ibid.* Por cierto ha sido usada como ejemplo paradigmático de lo que debemos entender por reglas que establecen presunciones. La idea general es la siguiente: las presunciones en general pueden presentarse bajo la fórmula PRES (P, Q), es decir, el operador “PRES” (presunción), el hecho “P” que da lugar a la presunción, y el hecho presumido “Q”. sin entrar en detalles esta idea general de las presunciones no me parece que se relacione cómodamente con la presunción de inocencia, debido a que el hecho P presumido, la inocencia del acusado, en realidad no permite deducir un hecho Q idéntico. Al respecto véase ULLMAN-MARGALIT, Edna, “On Presumption”, 1983;

Ferrer considera, con apoyo en cierta jurisprudencia española, que la presunción de inocencia es un derecho y que ese derecho tiene una dimensión extra procesal y una procesal.⁹

Dentro de la dimensión procesal, tenemos que la presunción de inocencia puede ser considerada una regla de trato procesal. Esta regla indicaría que durante el proceso penal, el imputado debe ser tratado como si fuera inocente, hasta no arribar a una decisión concreta que nos permita decidir la sustitución de este trato de inocente por el trato de culpable.

Lo que el Estado se autoimpone es no tratar a un inocente como si fuera un culpable.

Lo que parece estar en juego aquí es la tensión entre los derechos (fundamentales) del imputado y los derechos que pueden ser asociados a la “sociedad” (que pueden manifestarse en un interés en que el detenido no salga en libertad por ejemplo).

Este aparente dilema descansa en ciertas premisas, a mi juicio erróneas, acerca de la concepción de pena, de anticipación de la misma, y de prisión preventiva.

Si seguimos el argumento de Ferrer, las denominadas tesis compatibilistas, es decir, aquellas tesis que niegan la antinomia entre el mantenimiento de los derechos de la sociedad y los derechos del acusado o, si se quiere, quienes consideran que la presunción de inocencia “sobrevive” ante la aplicación de una medida cautelar, buscan limitar el uso de la prisión preventiva porque con ello dan la mayor satisfacción que creen posible al trato de inocente en el proceso.

Esto, claro, si es que entendemos por tesis “compatibilista” la tesis que sostiene que debe limitarse el uso de la prisión preventiva a casos estrictamente necesarios de manera de hacer sobrevivir a los derechos involucrados, tanto del imputado como de la comunidad.¹⁰

MENDONCA, Daniel, “Presunciones”, 1998; AGUILÓ, Josep, “Nota sobre «Presunciones» de Daniel Mendonca”, 1999.

⁹ FERRER, Jordi, “Una concepción...” (nota 6), pp. 3 - 5. El propio Ferrer advierte que este derecho suele solaparse con otros derechos más específicos. Creo que lo que hay aquí es un argumento para que la presunción de inocencia no sea considerada un derecho, pues parece ser que tenemos derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, al acceso a la justicia, entre otros. La presunción de inocencia en realidad parece ser una construcción que sugiere la relevancia de estos derechos en el ámbito de los *juicios imputativos*, es decir, relaciona la existencia de derechos subjetivos con la manera en que se llevan a cabo las imputaciones, ya sea dentro o fuera de un proceso.

¹⁰ *Ibid.* p. 10. Creo que la tesis que defiende también puede ser tenida como compatibilista, pero en lugar de negar el problema desde la “convivencia” lo niega desde la inexistencia del espacio para convivir.

Esta duda sobre la conducencia de la tesis compatibilista puede desglosarse siguiendo las razones que tradicionalmente se dan para aplicar la prisión preventiva. Esto es, el peligro en la reincidencia, el peligro en la destrucción y/o manipulación de prueba y el peligro de fuga.¹¹

Para el propio Ferrer es difícil considerar que la idea de que alguien sea tratado como inocente pueda conciliarse con estos supuestos de aplicación de la prisión preventiva. Por una parte, si el imputado es inocente, entonces no puede *reincidir*, esto es *volver* a cometer el delito (para reincidir hay que incidir previamente). En segundo lugar, si el imputado es tratado como inocente no puede fugarse, pues, como de manera sugerente apunta Ferrer, el inocente *viaja* no se *fuga*.¹²

El caso más difícil es el de la manipulación y destrucción de pruebas. Es evidente, que no es necesario ser el autor del delito para manipular y destruir pruebas, sin embargo, el propio Ferrer sostiene que esta condición de aplicación de la prisión preventiva en algún sentido supone un vínculo entre el imputado y el delito, que denota su culpabilidad.

El argumento presentado por Ferrer tiene varios méritos. En primer lugar, da una noción bastante aproximada a la manera en que, mayoritariamente, se ha comprendido la relación entre prisión preventiva y presunción de inocencia: una tensión.

Luego, advierte claramente que las razones de aplicación de la prisión preventiva en la medida que son consideradas razones que dan cuenta de la lógica de la institución son difícilmente conciliables.

No da cuenta sobre la solución a esta tensión (no es su asunto como declara abiertamente). De todos modos, creo que pueden apuntarse algunas críticas que a mi juicio derivan de una rudimentaria consideración de la lógica interna de la prisión preventiva como de la pena.

Si tomamos la relevancia de las condiciones de aplicación de la prisión preventiva, tenemos que, en primer lugar, la idea de reincidencia expresa una dificultad para ser relacionada con el trato de inocente del imputado, en la medida que se tome en su sentido menos laxo, es decir, como si se tratara de que el imputado volverá a cometer el delito por el cual se le tiene a la vista en el proceso. Pero veremos, que en realidad, el juicio prospectivo que encierra el “peligro” nos quita del ámbito de la pena. No se impone la pena para que no se cometan nuevos delitos, o por el peligro que entraña la puesta en libertad de quien puede cometer

¹¹ Que de hecho coincide fuertemente con lo dispuesto en nuestra legislación procesal penal. Volveré sobre esto más adelante.

¹² FERRER, Jordi, “Una concepción...” (nota 6), p. 10.

nuevos delitos. Esta es la lógica de las medidas de seguridad. Deberíamos sostener que en realidad en esta razón de aplicación de la prisión preventiva se encuentra solapada la lógica de aplicación de una medida de seguridad¹³. Por ello, no hay, en realidad, anticipación punitiva pues lo que parece aplicarse está más cerca de una medida de seguridad que de una pena.

Por otra parte, el peligro de fuga evidentemente puede ser tenido como una razón de orden cautelar (si el imputado no está disponible ante una hipotética condena mal podría tener algún sentido intuitivo el proceso). La cuestión, tal como ha apuntado Ferrer, está en el uso de la noción “fuga”. Cabe señalar dos cosas. En primer lugar el uso de la expresión “fuga” no es fundamental a efectos de la definición del sentido de la cautelar prisión preventiva en el proceso penal. Podría hablarse de “viaje” o de “ausencia” y en nada cambia el panorama. Por otra parte, el viaje que realiza el inocente se convierte en fuga si se le condena y éste no es habido.

Finalmente, deberíamos referirnos a la cuestión relativa a la manipulación de pruebas. Efectivamente no se debe ser el autor del delito para manipular pruebas, pero puede suceder que se realice un vínculo intuitivo entre quien puede tener interés en manipular pruebas y el autor del delito. De todos modos, creo que la cuestión queda entregada a la interpretación, y en realidad podemos decir que ésta es la causal que se acomoda con mayor facilidad a la tesis relativa a que la prisión preventiva sólo persigue fines de aseguramiento del proceso. Si la prueba constituye la mejor manera de conocer lo que se tendrá por verdadero en el proceso, parece razonable que pueda ser protegida.

Hasta aquí, la posibilidad de concebir la relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia bajo una tesis compatibilista que niegue el espacio de tensión entre las dos instituciones. Veamos ahora por qué es posible sostener esta tesis.

3. LA LÓGICA DE LA PENA Y LA LÓGICA DE LA MEDIDA CAUTELAR.

¿En qué momento procesal se deja de ser inocente para el derecho?, la repuesta, esperaríamos, unánime entre estudiosos del derecho sería: con el juicio de

¹³ Esta sería *grosso modo*: si hay un dato X que permita un diagnóstico Y sobre el comportamiento falible del imputado, debe aplicarse una medida de seguridad. Estas se aplican tradicionalmente a quienes designamos como “locos o dementes”. Respecto del loco no nos interesa saber si es efectivamente culpable, pues la demencia es una causa de exclusión de la culpabilidad. A ellos les aplicamos medidas de seguridad por su aptitud a generar peligro. Sobre el tratamiento del inimputable en el derecho procesal chileno, véase HORVITZ, María Inés; AGUIRRE, Luppy; VALENZUELA, Jonatan, “El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno”, 2008.

afirmación de la culpabilidad de la condena. Esto es, en la sentencia condenatoria. Este es el único sentido jurídicamente relevante de la expresión “inocente”.¹⁴

Es en este contexto donde la presunción de inocencia tiene su ámbito de impacto más relevante. El imputado es inocente hasta que una sentencia condenatoria señale que es culpable (que es la única manera conocida por el derecho para que alguien no sea inocente). El mundo se divide entre culpables e inocentes por medio de la condena.¹⁵

Ahora bien, esto depende directamente de qué entendamos por inocencia en el contexto jurídico. O, dicho de otro modo, qué noción de inocencia sea la relevante. Creo que existen al menos dos caras: una sustancial y una probatoria.

Por una parte, la inocencia es una condición moral que tiene relevancia para el desarrollo del proceso. El proceso penal busca solucionar un conflicto que deriva de la determinación de una cuestión moral: alguien ha cometido un injusto y puede ser responsabilizado por este injusto. La manera en que más técnicamente este problema moral se desarrolla al interior del proceso es por medio de la razonabilidad del establecimiento de la proposición “el imputado es culpable”, o quizá, más precisamente, “es verdad que el imputado es responsable por el delito investigado”.

Por otra parte, la presunción de inocencia, en tanto regla de trato, tiene una dimensión probatoria, determina la exigencia para el estándar de prueba en materia penal (por ello, por ejemplo, suele pensarse en un estándar de prueba exigente que descarte las hipótesis que sean compatibles con la inocencia del imputado). La inocencia del imputado activa la necesidad de traspasar el estándar de prueba en el proceso para con ello poder afirmar con cierta fiabilidad que “es verdad que el imputado es responsable por el delito investigado”. Si el estándar de prueba no es traspasado, la inocencia pervive.

De acuerdo con esto, lo que la presunción de inocencia expresa es la relevancia procesal del conocido dilema del castigo del inocente.¹⁶

¹⁴ Volvemos sobre el sentido de la expresión inocente y sus dimensiones procesal y extraprocesal. Sólo se puede ser inocente respecto de una duda derivada de un juicio imputativo. La inocencia es una respuesta negativa a un juicio imputativo aún precario, como el que puede darse en la dimensión extraprocesal. Sobre el particular véase LAUDAN, Larry, “The presumption of innocence: material or probatory?”, 2005.

¹⁵ No es un asunto central en FERRER, Jordi, “Una concepción...” (nota 6), pero queda la duda sobre qué concepto de inocencia es el que se supone en su trabajo. Es probable que no sea un concepto derivado directamente de la declaración de culpabilidad de la condena, sino uno más bien material, esto es acerca de si efectivamente el imputado cometió el delito.

¹⁶ El dilema del castigo del inocente permite armar la disputa entre tesis consecuencialistas y retributivas de la pena. No deseo ahondar en la descripción de este dilema, sólo anotar que parece obligarnos a preferir una teoría de la pena retributiva, si se quiere tener una teoría de la pena internamente coherente. Sobre el particular la literatura es muy abundante, véase entre otros, MOORE, Michael, “*Placing Blame*”, 1997; TUNICK, Mark, “*Punishment: Theory and Practice*”, 1992;

Es imposible dar un panorama acabado de las alternativas que hay en este terreno. Siguiendo a Von Hirsch, es posible sostener que existen al menos dos grandes grupos de teorías de la pena que se han enfrentado, entre otros, a propósito del castigo del inocente: las teorías retributivas y las teorías consecuencialistas o utilitarias.¹⁷

Para las primeras el acento en la justificación de la punición está dado por la idea de merecimiento. Se busca lo justo a través del merecimiento (*just desert*). Para las segundas, en cambio, el elemento utilitario, es decir la consecución de un objetivo consecuencial es condición necesaria o suficiente y define la justificación de la punición.¹⁸

En todo caso, una teoría de la pena que permita dotar de sentido a la censura que se expresa en el acto de imposición de la pena se encuentra vinculada a la consideración del estatuto procesal del inocente. Una teoría de la pena, aún parcialmente retrospectiva, debe sujetarse tanto a la dimensión substancial del problema del inocente como al problema probatorio que entraña la presencia del estatuto del inocente en el proceso.

Considerando los insumos teóricos de la teoría de la pena, en particular, teniendo a la vista la necesidad de contar con una teoría de la pena internamente coherente, podemos sostener que el dilema del castigo del inocente parece no estar presente en el caso de la aplicación de la prisión preventiva.

Esto porque, desde la perspectiva de la pena, sólo podemos dejar de hacer una cosa con los inocentes (para que dejen de serlo): castigarlos. Y el castigo se despliega por medio de la pena no por medio de una medida cautelar.

Si la pena es, aún en parte, retribución, esto es si consiste en la irrogación de un mal en retribución por el daño causado por una conducta defectuosa, entonces el juicio en el que la inocencia está en juego es el juicio retrospectivo de la pena. Se pena, centralmente, porque se cometió un delito, no para que no se vuelvan a cometer delitos en el futuro.

BETEGÓN, Jerónimo “La fundamentación del castigo”, 1992. En el concreto ámbito de la teoría de la pena juvenil puede verse VALENZUELA, Jonatan “La pena y la educación: una aproximación al fundamento de la «pena juvenil»”, 2009. En un reciente trabajo he intentado explorar la concepción de una teoría de la pena como penitencia secular, siguiendo la interesante propuesta de R.A. Duff. Véase VALENZUELA, Jonatan, “La pena como penitencia secular: apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena”, 2010, y por cierto DUFF, Antony, “Penance, Punishment and the limits of community”, 2003.

¹⁷ VON HIRSCH, Andrew, “Penal Theories”, 1988.

¹⁸ La polémica ha sido ardua en este punto. Podemos decir que existen defensas vigentes en los dos sentidos, aunque considero que la tesis correcta es la tesis retributiva.

En cambio, las medidas cautelares, y con ello también la prisión preventiva, descansan en al menos dos características centrales que dan cuenta de su lógica: la provisionalidad y su carácter instrumental.¹⁹

La provisionalidad dice relación con el carácter contingente tanto del fundamento como de los efectos de la medida. Tanto así que en caso de que el hecho que fundamente la aplicación de la cautelar sea en realidad un hecho inexistente, podría hablarse de la inconducencia de la cautelar. De cualquier manera, lo definitivo es que las medidas cautelares no tienen una vocación de perdurar indefinidamente en el tiempo.²⁰

La instrumentalidad por su parte implica considerar que las medidas cautelares no tiene nunca un fin en sí misma, sino que están determinadas por un fin ulterior dentro del proceso, alcanzable las más de las veces con una providencia principal.²¹

En concreto, en la medida cautelar de la prisión preventiva tenemos que las razones principales que en la doctrina procesal se le han asignado dicen relación con la evitación de incomparecencia (y con ello la burla de la ejecución de la pena) y la manipulación y destrucción de pruebas. Ambos fines dicen relación con las anotadas características generales de las medidas cautelares, y se diferencian ampliamente de la lógica de la pena. La prisión preventiva debe ser provisional e instrumental y por ello se asocia, prospectivamente, a fines de éxito procesal. La pena, como hemos visto, sólo puede ser retrospectiva y se asocia a la racionalidad del merecimiento.

De esta manera, el pretendido dilema entre respeto de la presunción de inocencia y la prisión preventiva (esto es la definición *compatibilista o incompatibilista*), entendida la presunción de inocencia como una regla de trato que mira a la condena, es en realidad inexistente. La inocencia es un dato que debe ser tenido en cuenta en tanto expresión de las cuestiones sobre fundamentación de la pena, en cambio en la prisión preventiva deben satisfacerse estándares prospectivos de racionalidad propios de las medidas cautelares.

Debemos, con todo, enfrentar un caso complicado: parte del argumento de la anticipación punitiva implica asumir que el hecho de que la prisión preventiva se ejecute privando de libertad, tal como en general se asume en la pena, le acerca sospechosamente a la pena.

Podemos decir, que en realidad, este argumento debe ser desechado debido a que el hecho de que la prisión preventiva se ejecute privando de libertad,

¹⁹ Véase MARÍN, Juan Carlos, “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”, 2002.

²⁰ *Ibid.* p. 12.

²¹ *Ibid.* p. 13.

no implica que denote o sugiera a la pena o su anticipación. Existen muchas situaciones de privación de derechos, como la libertad, pero que no tienen por qué asociarse a la pena (el hecho de que muchas legislaciones exijan que la prisión preventiva se cumpla en recintos separados respecto de aquellos en que se ejecuta la pena da sentido a esta observación).

Más complejo resulta el siguiente argumento derivado del primero: ¿por qué en el caso de que el imputado en prisión preventiva sea condenado se le computa, para el cálculo de la pena, el tiempo que ha permanecido en prisión preventiva?

Este es un escenario más complicado. Quisiera ensayar tres respuestas, ninguna de ellas definitiva.

La primera dice que esta situación de beneficiarse por el tiempo que se cumplió en prisión, se relaciona con la proporcionalidad. La proporcionalidad ordinal, implica dar a cada sujeto exactamente la pena justa. Por ello, puede decirse que es justo considerar que si se ha permanecido encerrado durante un tiempo, y la condena implica encierro, se contabilice el encierro que se ha tenido durante la cautelar. Es el mismo argumento por el cual se altera la duración de la pena en distintos casos, como por ejecución de trabajo al interior de la cárcel, o por una enfermedad sobreviniente del penado.

La segunda respuesta implica considerar el sentido administrativo de la ejecución de la pena. Si la pena se ejecuta de acuerdo a nociones tales como la de obtener “mejoras” en el penado (mejoras que tienen sentido en la ejecución de la pena pero no en su fundamentación), puede ser que una de las cuestiones que se quiera comunicar sea la relativa a la posibilidad de salir prontamente de la cárcel. En este contexto, disminuir el tiempo de estada en la cárcel ya sea por haber estado en prisión preventiva o por buena conducta (pensemos en los sistemas de ejecución de penas donde se descuenta un día de encierro por un día de trabajo nuevamente) puede ser un objetivo del sistema que se relacione con la racionalidad de la ejecución administrativa de la pena, pero no con la racionalidad de la pena o de las medidas cautelares.

La tercera respuesta es un tanto más compleja. Implica sostener que el cómputo a favor del penado del tiempo que permaneció en prisión preventiva es un error y que debe ser suprimido. Desde esta perspectiva, sostendríamos que si tomamos la distinción entre la lógica de la pena y la lógica de la medida cautelar como una distinción intensa o fuerte, la práctica de computar el tiempo que se ha permanecido en prisión preventiva es equivocada, y las reglas en que se ampara deberían ser derogadas.

La última de estas salidas debe ser descartada. Si el razonamiento pudiera llegar a este punto caeríamos en una contradicción. De sostener que la lógica de la inocencia (relacionada con la pena) y la lógica de la cautela (relacionada con la

prisión preventiva) se encuentran separadas no se sigue que no puedan establecerse conexiones entre la cautela *una vez ejecutada* y la pena *al momento de la ejecución*. En el nivel de fundamentación creo que resulta claro que no hay solapamiento entre ambas niveles, pero en el nivel de la ejecución de la pena es posible que hagamos contar en el encierro padecido en prisión preventiva *como si fuera* equivalente al encierro padecido a propósito de la aplicación de una pena. Esta es una ficción tal como puede resultar una ficción el hecho de hacer contar como inocente a un imputado que resultara casi con total certeza culpable.

La segunda y la primera de estas salidas resultan mejores. Podemos descartar a la primera en la medida que podría objetarse que la proporcionalidad ordinal es un criterio abstracto pensado para la imposición de penas. Más precisamente es un criterio general pensado para dar líneas para una legislación penal internamente racional. Sin embargo, es probable que podamos encontrar una clase de proporcionalidad que se relacione con la segunda de las salidas recientemente anotadas.

Es probable que consideremos *administrativamente proporcionado* contar a favor del condenado el tiempo que pasó en prisión preventiva. Esto a fin de dotar de sentido a la ejecución de la prisión preventiva (haciendo entrar criterios como la dignidad y la humanidad en la ejecución de la medida) y por otra parte dotando de sentido a la pena, en tanto es un escenario que permite que un día de encierro distinto del encierro de la pena cuente como tal.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Finalmente creo que pueden ofrecerse las siguientes conclusiones, teniendo en cuenta nuestro contexto procesal.

La primera de las reglas que debemos considerar es la que consagra como “principio básico” a la presunción de inocencia en el artículo 4 del Código Procesal Penal (en adelante CPP).²² De esta se deduce claramente que lo que marca la posibilidad de considerar culpable a una persona de una imputación penal es la sentencia. La formulación de nuestro CPP está centralmente referida a la presunción de inocencia como regla de trato. Se trata de una regla que determina el trato de una persona (particularmente un imputado) durante un procedimiento.

¿Es compatible esta regla con la regulación de la prisión preventiva?

La prisión preventiva en el CPP chileno, como se sabe, ha sido materia de polémicas y reformas desde su formulación original.

²² Esta regla señala: “Art.4. Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”

El primero de los aspectos que deben tocarse es el relativo a las razones que pueden permitir la aplicación de la prisión preventiva. La primera de ellas se encuentra en el artículo 139 CPP: la prisión preventiva puede decretarse para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad de la víctima y la seguridad de la sociedad.

He aquí un primer punto por el que, a mi juicio, se ha producido un desenfocado debate en torno a la prisión preventiva y la presunción de inocencia. Que esta medida cautelar pueda ser impuesta para asegurar, en caso de que no puede realizarse por medio de otras medidas cautelares, los fines del procedimiento no nos ofrece nada nuevo. Obviamente, como venimos defendiendo en estas páginas, la prisión preventiva se relaciona con el lenguaje procesal, y con ello con los objetivos del proceso. Los objetivos del proceso son múltiples, pero se centran en dar una solución amparada en la justicia del objeto de disputa. En el caso del proceso penal se busca determinar la responsabilidad o no de un sujeto respecto de la comisión de un determinado delito.

Lo extraño de la regulación chilena es que pareciera que la protección de los intereses de la víctima (o la seguridad del ofendido) como los de la sociedad se encuentran fuera de los objetivos de este proceso. Esto es altamente discutible. Es posible considerar que la forma del proceso penal incluye estos objetivos y por tanto resulta conflictivo considerarlos por separado.

Su independencia en la redacción del artículo 139 CPP parece indicar un reforzamiento de la condición de la seguridad tanto de la víctima como de la sociedad. Es precisamente una demanda securitaria la que parece informar esta regulación. Este es uno de los “ataques” a las que ha sido sometido el proceso penal en el mundo occidental.²³

Por su parte, en la regulación específica acerca de la procedencia de la prisión preventiva el CPP ofrece varios problemas.

Evidentemente, las razones que permiten que se decrete la prisión preventiva no se alejan, en lo sustancial que las ya analizadas a propósito del argumento de Ferrer. Sin embargo, cuando nos acercamos a la especificación de estas razones encontramos lo siguiente:

“Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá

²³ En estos términos podemos encontrar la posición sostenida por DUFF, MARSHALL, FARMER y TADROS, “*Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*”, 2007, pp. 1 – 4. Por otra parte la noción de seguridad como motor de reformas en el seno del proceso penal constituye un interesante campo para estudiar la correlación entre premisas ideológicas y su forma institucional. Sobre la relación entre este nivel político y el proceso véase DAMASKA, Mirjan, “*The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*”, 1986, pp. 8 – 15; 71 – 96.

considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla”²⁴

¿Cómo puede ser relevante la pena que se asigna a un delito que no sabemos si cometió el imputado? Evidentemente, se piensa en que el imputado probablemente ha cometido un delito. ¿Qué importancia puede tener que se le imputen a una persona dos o cien delitos si estamos en situación de poder absolver de todas las imputaciones a esta persona?, ¿y el hecho de existir procesos pendientes?

Esta regulación pugna con la noción estrictamente procesal de la prisión preventiva pues es heredera de la pretendida tensión entre inocencia y medida cautelar. Sabemos que lo que se ha buscado con esta clase de criterios es poner al juez en situación de hacer difícil la denegación de una solicitud de prisión preventiva, pues es claro que si, por ejemplo, el imputado tiene procesos pendientes el acusador tiene un argumento para demandar la aplicación de la prisión preventiva, aunque esta no se relaciona, necesariamente, con el éxito del proceso en que concretamente se está solicitando.

He defendido en estas páginas una tesis compatibilista entre presunción de inocencia y prisión preventiva, en particular, porque viven en compartimentos jurídicos separados. Esto no implica que la regulación de la prisión preventiva no sea susceptible de crítica, al contrario, creo que de este modo puede enfocarse mejor el problema central de nuestra actual regulación: el uso que se pretende de la prisión preventiva es *desproporcionado*.

Este defecto se relaciona con la noción de anticipación punitiva. No se trata, a mi juicio, que se intente anticipar la pena por medio de la prisión preventiva, sino que se articula un encierro que resulta de peor calidad que la propia pena. En términos metafóricos, no estamos *anticipando la pena* con la prisión preventiva sino que estamos imponiendo *algo mucho peor que la pena*.

Para padecer una pena bajo nuestro esquema procesal deben solucionarse una serie de cuestiones, con particular intensidad, debe traspasarse el estándar de prueba para declarar a alguien culpable. Por medio de nuestra regulación de prisión preventiva este estándar resulta trivial. ¿Qué importa traspasar la duda razonable si lo que buscamos es encerrar imputados por el hecho de ser imputados de delitos

²⁴ Artículo 140, inciso 6, CPP. Existen otros puntos en que la regulación de la prisión preventiva es igualmente errónea, he escogido esta disposición para graficar el problema.

graves? Con nuestra actual regulación, tanto el estándar de prueba del proceso como el sentido de la censura en la imposición de la pena devienen débiles.²⁵

Esto quiere decir, que lo que se ha impuesto en nuestro lenguaje jurídico es un uso coloquial. Lo que tenemos es que la regulación nos acerca fuertemente al tratamiento periodístico expuesto al principio de este trabajo.²⁶

La respuesta no pasa por sostener que nuestro sistema contiene una violación de la presunción de inocencia, lo que ocurre es que tenemos un sistema procesal que por medio de la regulación de la prisión preventiva torna irrelevante al proceso. Por ello la presunción de inocencia pervive en el sistema, perfectamente sana, la cuestión es que esto no es definitivo ni puede salvarnos de una deficitaria comprensión y regulación de la prisión preventiva.

²⁵ No deseo entrar en la cuestión sobre la aptitud del estándar de la duda razonable para generar esta clase de problemas. Sobre esto véase LAUDAN, Larry, "Is Reasonable Doubt Reasonable?", 2003. por otra parte, puede ser interesante considerar la distinción entre carga de la prueba y carga de producir prueba y su impacto en el ámbito de la presunción de inocencia. Al respecto véase GRAHAM, Michael, "Burden of Proof and Presumptions in Criminal Cases", 2009.

²⁶ Por otra parte, debemos agregar que esto se relaciona con la, a mi juicio, errónea noción de estándar de prueba que se tiene en nuestra doctrina procesal. Así se sostiene que el estándar de prueba de la duda razonable: "Significa, en otras palabras, que no basta con que el acusador produzca prueba "más convincente" que el acusado, sino que debe tratarse de prueba que conduzca a la completa convicción, esto es, a un grado de certeza moral acerca de la existencia de los hechos que configuran el delito y la participación del acusado", véase HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julian, "Derecho procesal..." (nota 3), p. 81. El error radica en que, precisamente, no debería tratarse de alcanzar una convicción moral (que es, por definición, intersubjetivamente incontrolable) sino una decisión fiable y verificable (y por tanto, intersubjetivamente controlable). Creo que esta noción de convicción como propiedad relevante del estándar de prueba radicaliza el problema en estudio.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ DAMASKA, Mirjan: *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- ❖ DUFF, Antony: “Penance, Punishment and the limits of community”, en *Punishment and Society*, núm. 5, pp. 295 – 312, 2003.
- ❖ DUFF, Antony; MARSHALL, Sandra; FARME, Lindsay; TADROS, Victor: *Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.
- ❖ FERRER, Jordi: “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Working Paper, Inédito*, 2010.
- ❖ GRAHAM, Michael: “Burden of Proof and Presumptions in Criminal Cases”, en *Criminal Law Bulletin*, Vol. 44. núm. 16, pp. 1 – 33, 2009.
- ❖ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián: *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, Santiago: Editorial Jurídica, 2003.
- ❖ HORVITZ, María Inés; AGUIRRE, Luppy; VALENZUELA, Jonatan: “El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 10, pp. 105 – 139, 2008.
- ❖ LAUDAN, Larry: “Is Reasonable Doubt Reasonable?”, en *Legal Theory*, Vol. 9, pp. 295 – 331, 2003.
_____. “The presumption of innocence: material or probatory?” en *Legal Theory*, Vol. 11, pp. 333 – 361, 2005.
- ❖ MAÑALICH, Juan Pablo: “La pena como retribución”, en *Revista de Estudios Públicos*, núm. 108, pp.127 – 131, 2007.
- ❖ MARIN, Juan Carlos: “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 1, pp. 9 – 54, 2002.
- ❖ MOORE, Michael: *Placing Blame: A General Theory of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 1997.
- ❖ ULLMAN-MARGALIT, Edna: “On presumption”, en *The Journal of Philosophy*, Vol. 80, No. 3, pp. 143 – 163, 1983.
- ❖ TADROS, Victor y TIERNEY, Stephen: “The Presumption of Innocence and the Human Rights Act” en *The Modern Law Review* Vol. 67(3), pp. 402 – 434, 2004.
- ❖ TADROS, Victor: “Rethinking the presumption of innocence” en *Criminal Law and Philosophy*, núm. 1, pp.193 – 213, 2007.
- ❖ TUNICK, Mark: *Punishment. Theory and Practice*, Oxford – Los Angeles – Berkeley: University of California Press, 1992.
- ❖ VALENZUELA, Jonatan: “La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil”. En *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 11, pp. 235 – 261, 2009.
_____. “La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIII, núm. 1- julio, pp. 255 – 268, 2010.
- ❖ VON HIRSCH, Andrew: “Penal Theories,” en M. Tonry ed., *The Handbook of Crime and Punishment*, New York: Oxford University Press, 659-682, 1998.