



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Facultad de Derecho

Derecho



ESTÁNDARES DE CONVICCIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL CHILENO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

Presentada por

FRANCISCO JAVIER AEDO CALISTO

Director

PROF. DR. GUILLERMO OLIVER CALDERÓN

Valparaíso, Chile

2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I. ESTÁNDARES DE CONVICCIÓN	6
A. Acercamiento al concepto, función e importancia de los estándares	6
1. Contexto procesal	6
2. Concepto, función e importancia	8
B. Pertinencia de la aplicación de estándares “probatorios” en el contexto de las medidas cautelares personales	10
1. La duda como presupuesto de decisión.....	10
2. Correcta denominación a los estándares	11
C. Modelos de estándares de convicción identificados por la doctrina.....	14
1. Convicción absoluta o plena	14
2. La duda razonable	16
3. La alta probabilidad	18
4. La probabilidad prevalente	20
5. La sospecha razonable	21
6. La íntima convicción	21
D. Estándares en la legislación penal	23
1. Código Procesal Penal.....	23
2. Código de Procedimiento Penal y Código de Justicia Militar	24
E. Estándares de convicción en la legislación civil.....	25
1. Regla general en materia civil	25
2. Alteración de la regla de la prueba preponderante.....	25
2.1 Aumento del estándar de prueba preponderante.....	25
2.2 Disminución del estándar de prueba preponderante.....	26
3. Tutela Cautelar en materia civil.....	27
F. La prisión preventiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	28
1. Consideraciones previas. La prisión preventiva y la presunción de inocencia.....	28
2. Justificación de la prisión preventiva en el sistema interamericano de derechos humanos. Convicción en virtud de circunstancias objetivas.....	28
3. El estándar aplicable: Indicios racionales	29

CAPÍTULO II. ESTÁNDAR APLICABLE A LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES Y PROPUESTA DE UN ESTÁNDAR OBJETIVO	31
A. Contexto normativo de las medidas cautelares personales en el Código Procesal Penal 31	
1. Consideraciones preliminares	31
2. Marco jurídico del otorgamiento de medidas cautelares personales	32
2.1 La Constitución Política y los Tratados Internacionales	32
2.2 El Código Procesal Penal	33
Principios relevantes	33
La prisión preventiva como núcleo de la regulación	34
Requisitos de procedencia.....	35
i) <i>El supuesto material</i>	35
ii) <i>La necesidad de cautela</i>	36
Tramitación	38
B. Estándar utilizado en la actualidad	39
1. Recopilación doctrinal	39
2. Deducción del estándar utilizado.....	39
C. Propuesta de estándares	41
1. Consideraciones preliminares	41
2. Estándar óptimo para el supuesto material	42
2.1 Por qué no la duda razonable ni la probabilidad prevalente.....	42
2.2 Alta probabilidad de los hechos.....	43
3. Estándar óptimo para la necesidad de cautela	44
3.1 Por qué distinguir	44
3.2 La duda razonable como estándar óptimo de la necesidad de cautela.....	45
4. Síntesis de la propuesta.....	48
BIBLIOGRAFÍA	54

INTRODUCCIÓN

Los estándares de convicción, estándares de prueba o estándares de decisión entendidos, como la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio¹, se insertan normalmente en el contexto de valoración de la prueba y de decisión conforme a ella. Su relevancia es tal que la decisión de acoger o rechazar una pretensión puede variar simplemente por el uso de un estándar diferente. Más relevante todavía resulta en el proceso penal, donde están en juego intereses superiores cuya protección precisamente viene dada por un estándar elevado.

Sin embargo, “el análisis, e incluso la conciencia de la necesidad de los estándares de prueba, desafortunadamente, es muy poco común en los sistemas de tradición romano-germánica. Pareciera que bajo el llamado sistema de la libre valoración de la prueba todo lo que importa es si, habiendo oído todos los elementos de juicio admitidos y practicados, la mera creencia de los juzgadores de los hechos es firme y sólida. Pero cabe preguntarse, ¿en qué situación queda el ciudadano que está siendo parte de un proceso si aunque se le asegure un derecho al debido proceso y a la prueba, finalmente termina siendo condenado o declarado responsable cuando el juzgador considera a bien que está *persuadido, firmemente convencido, etc.*”²

Es sorprendente que, dada la importancia de la materia, poco se haya estudiado y escrito sobre ella. Peor aún es este análisis cuando notamos que de lo poco que se ha documentado sobre el punto, el contenido de las respectivas obras se reduce a tratar sólo los estándares propios del momento de resolución final de un proceso jurisdiccional y, prácticamente nada hay sobre el estándar de decisión para el otorgamiento de medidas cautelares personales³.

Por lo anterior, la presente Memoria buscará, en primer lugar, responder claramente en cuál escenario se sitúan los estándares de convicción, cuál es la definición o concepto de ellos, su función e importancia. Asimismo, pretendemos dilucidar cuál es el ámbito de aplicación o de trabajo de los estándares, si acaso lo es solamente la etapa de decisión final de un proceso, o si pueden también desempeñarse en otras etapas diferentes. Y en este último caso analizaremos entonces si es pertinente o no llamarlos estándares “probatorios”.

Posteriormente, introduciremos de manera esquemática –de mayor a menor exigencia– la explicación de los estándares de convicción más conocidos por la dogmática jurídica, para comprender en qué consiste cada uno y las consecuencias propias que resultan de su aplicación, para más tarde adentrarnos en la averiguación de aquellos existentes en la legislación nacional y los tomados en cuenta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹ LARROUCAU TORRES, Jorge, *Hacia un estándar de prueba civil*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 3 (2012p. 783).

² VÁSQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013), pp. 13-14.

³ Sobre esta materia, el único que ha escrito en Chile es Beltrán Calfurrupe en su obra *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*.

En segundo lugar, identificaremos en el Capítulo II, que el proceso penal actual posee una regulación del estándar de convencimiento de la culpabilidad del imputado que deben tener los jueces al momento de decidir condenar o absolver. Esta pauta se encuentra en el primer inciso del artículo 340 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), y versa de la siguiente manera: “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación”.

Este modelo, el del convencimiento más allá de toda duda razonable, es el que fijó el legislador para ser utilizado por el juez al momento de fallar la condena o absolución del imputado, es decir, la tercera etapa de un proceso penal, la del juicio. Tal estándar, en relación con el principio de inocencia, tiene como efecto principal que, en cuanto existiere al menos una duda razonable que no permitiera al juez tener certeza de que se cometió el delito por el imputado, deberá necesariamente absolver, lo que en otras palabras significa que verificada la duda sobre la culpabilidad del imputado y ésta es razonable, no podrá el juez condenar al imputado, sino que obligatoriamente deberá declarar su inocencia y absolución.

Lo anterior sucede en dicha etapa del proceso, pero surge la interrogante: ¿qué estándar de convicción debe tener el juez al decidir otras cuestiones durante todo el proceso penal, no solo en la etapa final del juicio? Y específicamente, ¿cuál es el estándar al conceder medidas cautelares personales? La pertinencia de esta pregunta se fundamenta en el silencio que tomó el legislador al respecto, lo que ha originado una serie de respuestas doctrinales que apuntan a distintas direcciones, las que también han transitado en la práctica jurisdiccional al momento de decretar medidas cautelares personales.

En definitiva, al sistematizar las medidas cautelares personales, el CPP establece supuestos de procedencia de éstas en el artículo 140, que regula la prisión preventiva, artículo al que se remite el inciso final del artículo 155 (otras medidas cautelares personales), por lo que los requisitos para conceder tanto las medidas del artículo 155 como la prisión preventiva son los mismos: a. Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; b. Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c. Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Si bien el legislador ha sido más o menos claro con los supuestos de procedencia de las medidas cautelares y además ha otorgado para ciertos supuestos –específicamente los de la letra c), que se refieren a la necesidad de cautela–, algunos criterios para verificar la concurrencia de aquellos, nada ha dicho sobre el estándar de convicción que debe tener el juez sobre tales requisitos, lo que significa que no sabemos, por ejemplo, cuán convencido debe estar el juez acerca de los antecedentes de la existencia del hecho con carácter delictivo o de la participación del imputado en aquél, ni tampoco acerca de cuál es el nivel de certeza

que debe tener el magistrado de que existe un peligro de fuga o un peligro para la seguridad de la sociedad.

Sin un sistema de estándares conocido, resulta preocupante saber que, de las solicitudes de prisión preventiva efectuadas en los controles de detención, el 87,57% termina decretándose, frente el 12,43% que se rechaza.

Por lo antedicho, nuestro Derecho precisa conocer cuál es el estándar de convicción del juez que debe utilizarse para decidir sobre las medidas cautelares personales, por lo cual este trabajo buscará responder tal problemática interpretando, con refuerzo de la doctrina y la jurisprudencia, nuestra legislación a la luz de los principios y garantías fundamentales de nuestro Derecho Penal sustantivo y procesal.

Finalmente, el propósito general que persigue la presente investigación es iniciar una discusión y estudio serio acerca de los estándares de convicción entendiéndolos como una garantía de certeza jurídica y del debido proceso en cuanto al juzgamiento de delitos. Más todavía, dar un paso para terminar con el escaso análisis de los problemas de convicción judicial propios de momentos o etapas anteriores a la decisión final del proceso penal.

Sin embargo, reconocemos que de la temática planteada surgen una infinidad de asuntos y problemas dignos de análisis de los cuales no tenemos –en esta oportunidad– la capacidad de abarcar cual tratado doctrinal. Por ello, esta Memoria contempla un objeto específico, consistente en permitir conocer los distintos y primordiales estándares probatorios, tanto los estudiados por los juristas como aquellos identificados en la legislación nacional, para, posteriormente, proponer y justificar un sistema de estándares de convicción óptimo en el otorgamiento de medidas cautelares personales en el proceso penal, conforme a los principios y garantías fundamentales que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO I. ESTÁNDARES DE CONVICCIÓN

A. Acercamiento al concepto, función e importancia de los estándares

1. Contexto procesal

El proceso judicial —especialmente el proceso penal—, “está orientado hacia la búsqueda de la verdad, de conformidad a una concepción legal-racional de la justicia, según la cual una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión”⁴. El juez o tribunal deben convencerse en mayor o menor medida acerca de las hipótesis alegadas en un proceso como verdad —incluso convencerse de lo que no es verdad—, para que, luego de haber logrado una convicción acerca de lo que ocurrió o no ocurrió en las coordenadas espacio-temporales discutidas, pueda adoptar una o varias decisiones dentro del proceso respectivo, siendo la sentencia o fallo la decisión más relevante.

Normalmente, para convencer al juez se rinde prueba, la que apunta a demostrar o refutar la ocurrencia de los hechos o imputaciones alegadas. En un sistema de libre valoración de la prueba, sistema común en los procesos penales y al cual han comenzado a apuntar los procesos de otras materias, el juez es el encargado de atribuir mayor o menor peso a las alegaciones y a las pruebas para adoptar una decisión racional.

En este contexto de valoración de la prueba, teóricamente se plantean dos niveles:

El primero, llamado por Pardo⁵ nivel micro, donde “el valor probatorio de la prueba se refiere a la fuerza que tiene una prueba relevante para confirmar un enunciado fáctico en disputa”. En este nivel, dicho autor señala que las decisiones acerca del valor probatorio son en gran medida contextuales y dependen no solamente de una relación empírica o lógica que existe entre las pruebas y los enunciados fácticos en disputa, sino también de cuestiones como la importancia de las pruebas, lo necesario que es ese elemento de juicio para las partes, lo controvertido del asunto y la medida en que la otra parte presente pruebas. Así, en este nivel, “el valor probatorio ofrece un criterio fundamental para la admisibilidad de las pruebas relevantes; los jueces pueden excluir prácticamente cualquier elemento de prueba si su valor probatorio es superado por los peligros potenciales de producir un sesgo injusto, por confundir las cuestiones a tratar, por ser engañosas para el jurado o por razones de eficiencia”.

En el segundo, nombrado por Pardo el “nivel macro”, la estructura de la prueba se enfoca ya no en los elementos individuales, sino en la prueba como un todo, el cual debe ser suficiente para satisfacer ciertos estándares que permitan decidir si un hecho ha sido o no efectivamente “probado” a los fines jurídicos.

⁴ TARUFFO, Michele, *Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado; N° 114 (2005), p. 1285.

⁵ PARDO, Michael, *Estándares de prueba y teoría de la prueba*, en VÁSQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013), pp. 100-104.

Por su parte, Daniela Accatino⁶ también distingue dos momentos distintos de valoración, que son útiles para comprender el rol clave que los estándares de prueba cumplen en el juicio sobre los hechos en los sistemas procesales en los que rige el principio de libre valoración de la prueba.

Un primer momento, de valoración en sentido estricto, que se refiere a la determinación del apoyo empírico que los elementos de prueba aportados proporcionan a las hipótesis sobre los hechos del caso que se enfrentan en el proceso⁷. Esto consiste en que sobre la base de los conocimientos científicos y de las máximas de la experiencia, se corroboren o confirmen las proposiciones sobre los hechos del caso que son objeto del proceso. Añade Accatino que tales relaciones de corroboración se expresan como inducciones probabilísticas que no pueden demostrar la verdad de una hipótesis, sino que solamente la revalidan como una explicación posible de la existencia de las evidencias valoradas, lo que *per se* no excluye otras hipótesis que puedan igualmente ser explicativas.

El resultado de la valoración en sentido estricto consistirá en la individualización de las pruebas que corroboran las proposiciones sobre los hechos del caso sostenidas por las partes y la identificación de los factores que inciden en su mayor o menor fuerza probatoria⁸, así como en la determinación de las pruebas desestimadas por ser irrelevantes respecto de las proposiciones que se intentan probar o por los defectos que les restan fuerza probatoria.

Como resultado de que dichas pruebas no pueden demostrar la verdad de las proposiciones fácticas que han sido objeto del proceso, porque solamente corroboran en menor o mayor medida el juicio sobre los hechos, se supone un segundo momento, que puede denominarse de decisión sobre la prueba. Aquí se intenta determinar si el grado de corroboración que las pruebas aportan a las proposiciones fácticas en cuestión es suficiente para tenerlas por probadas⁹. En esta línea de ideas Vásquez¹⁰ dice “no es suficiente la comparación entre todas las pruebas que pretenden avalar las dos hipótesis fácticas en juego, y no sólo porque posiblemente estén establecidas cargas de prueba distintas, sino porque la hipótesis que se declarará probada debería necesariamente alcanzar cierto grado de prueba”.

La utilidad de la distinción de los momentos sobre la valoración de la prueba –sean los distinguidos por Pardo o por Accatino– dice relación con la posibilidad de un control formal del razonamiento y un control sustancial de la valoración de la prueba.

El primer momento apuntaría verificar la existencia de relaciones lógicas de corroboración, correctamente establecidas en la fundamentación de la sentencia, entre los elementos de juicio aportados al proceso y los enunciados empíricos que se tienen por probados. El

⁶ A continuación, se seguirá la propuesta de FERRER, Jordi, (La valoración racional de la prueba. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007), explicado en los términos utilizados por ACCATINO, Daniela, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba* penal, en *RDPUCV XXXVII* (2011), pp. 484-489.

⁷ ACCATINO, Daniela, *Certezas*, cit. (n. 6), p. 485.

⁸ Las cuestiones relativas a la credibilidad o autenticidad del elemento de prueba, su carácter de prueba directa o indirecta, la validez o fundamento empírico de las generalizaciones en que se basa las inferencias probatorias. En ACCATINO, Daniela, *Certeza*, cit. (n. 6), p. 486.

⁹ *Ídem*.

¹⁰ VÁSQUEZ, Carmen, cit. (n. 2), p. 14.

segundo apuntaría en cambio a controlar si se encuentra correctamente justificada o no, de acuerdo al estándar de prueba, la suficiencia (o la insuficiencia, en su caso) de los elementos de juicio para tener por probado un cierto enunciado empírico¹¹.

Por ello, precisar cuál es el nivel de suficiencia requerido en un determinado procedimiento es, precisamente, la tarea propia de los estándares de prueba. “Los estándares de decisión especifican e indican a los juzgadores de los hechos cuándo concluir que la prueba como un todo confirma un hecho particular en disputa”¹². En suma, “los estándares probatorios permiten determinar cuándo se justifica aceptar o rechazar una proposición fáctica en un proceso judicial, a pesar de las condiciones de incertidumbre en las que ese juicio tiene lugar”¹³.

2. Concepto, función e importancia

Dicho todo lo anterior, es ahora oportuno indicar que estándares de convicción, estándares de decisión, estándares probatorios o reglas de peso probatorio son algunas de las denominaciones que se suelen utilizar para conceptualizar aquello que se define como: “la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio”¹⁴; “pautas de suficiencia en la determinación factual que, aunque no en plena certeza, permiten lograr la aceptabilidad –en términos de probabilidad– de los diversos enunciados de hecho establecidos en sede adjudicativa”¹⁵. O incluso como “aquellos que especifican e indican a los juzgadores de los hechos cuándo concluir que la prueba como un todo confirma un hecho particular en disputa”¹⁶.

También se ha dicho que “Los estándares de prueba consisten en afrontar la cuestión acerca de si existen o no criterios a los que los jueces deberían atender al valorar discrecionalmente las pruebas de que dispone, para poder entonces establecer si ha sido conseguida la prueba de un determinado hecho para establecerlo como ‘verdadero’ en su sentencia.”¹⁷

Los estándares de prueba que se consideran adecuados en los diferentes tipos de procesos, constituyen el contexto en el que se coloca el esfuerzo probatorio de los conocimientos científicos. En línea general, estos conocimientos sirven como elemento para confirmar los enunciados sobre los hechos en función de su validez científica, y del grado de atendibilidad que les corresponde en el ámbito científico del que provienen¹⁸. Cuanto más exigente sea el estándar para probar un hecho, más racional será la decisión que declara probado ese hecho,

¹¹ ACCATINO, Daniela, *Certeza*, cit. (n. 6), p. 497.

¹² PARDO, Michael, cit. (n. 5), pp. 102-103.

¹³ ACCATINO, Daniela, *Certeza*, cit. (n. 6), p. 486.

¹⁴ LARROUCAU TORRES, Jorge, cit. (n. 1), p. 783.

¹⁵ BELTRÁN, Ramón, *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*, en *Polít. Crim.* Vol. 7, N° 14 (2012), p. 455.

¹⁶ PARDO, Michael, cit. (n. 5), p. 102.

¹⁷ MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho procesal penal*, Tomo II, (Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 938.

¹⁸ TARUFFO, Michele, *Conocimiento*, cit. (n. 4), p. 1309.

pues un estándar muy exigente minimiza la posibilidad de error y maximiza la posibilidad de acierto¹⁹.

Sintetizando los planteamientos de Nieva²⁰, un estándar de convicción sería aquel ordenado por la ley o por los principios fundamentales que integran un sistema jurídico, como criterio necesario para resolver el *dubium*²¹ que está presente en todo proceso jurisdiccional; ya que una vez resuelto el *dubium*, el juez o tribunal puede tomar la decisión²².

Para precisar aún más el concepto, es necesario recordar –como dijimos anteriormente– que el proceso penal tiene por objeto la búsqueda de la verdad. Por ello, lo que determina la realidad y suficiencia factual son criterios epistemológicos –y a veces incluso contra-epistemológicos– que, por un lado, designan el grado de apoyo empírico que los elementos de juicio aportados al proceso proporcionan a las hipótesis en conflicto y, por otro, precisan las pautas generales que permiten determinar si el apoyo inductivo aportado es o no suficiente para tener por probada la hipótesis de mayor grado²³.

Así pues, el estándar es un umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada. Ese umbral, o estándar de prueba, no tiene por qué ser el mismo en todos los ámbitos y para fijarlo es necesario atender a valoraciones de política legislativa. Si el estándar de prueba resulta indeterminado, resultará imposible justificar la decisión tomada sobre los hechos del caso. En otros términos, es la propia estructura del razonamiento la que exige mostrar que se ha superado determinado nivel de corroboración de una hipótesis fáctica para justificar que se acepte como probada, pero para ello es necesario conocer cuál es ese nivel²⁴.

Por tanto, la importancia del estándar de prueba radica en la aprehensión cognitiva de tal umbral para ser aplicado en las decisiones de los distintos procesos, con independencia del mayor o menor grado de exigencia que represente el estándar. Por ello Marina Gascón²⁵ señala que “este grado debe ser previamente conocido por las partes procesales, o más precisamente, debería estar establecido en la legislación correspondiente”. Asimismo, en el cumplimiento del principio de legalidad, toda vez que las decisiones de los jueces no pueden ser arbitrarias y, para tomar una decisión, deberá ésta tener por base la satisfacción requerida de cierto grado de convicción. Esto a su vez satisface la posibilidad de control de las decisiones jurisdiccionales.

Sin embargo, la tarea de aplicación de un estándar es sencilla cuando la propia ley lo dispone expresamente, o cuando al menos da indicios de su naturaleza. Por ello, surge un problema cuando la ley nada dice del estándar de convicción judicial pertinente para decidir en

¹⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), p. 130.

²⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal* (Madrid, Marcial Pons, 2013).

²¹ *Ídem*, pp. 20-36.

²² *Ibidem*, p. 56.

²³ ACCATINO, Daniela, *Forma y Sustancia en el Razonamiento Probatorio. El Alcance del Control sobre la Valoración de la Prueba a través del Recurso de Nulidad Penal*, en *RDPUCV* N° 32 (2009), p. 352.

²⁴ FERRER, Jordi, *Estándares de prueba en el proceso penal español*, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* N° 15 (2007), p. 2.

²⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *cit.* (n. 19), p. 14.

determinados procesos o etapas de los procesos. Es lo que sucede en nuestra legislación penal en el contexto de la discusión y decisión sobre el otorgamiento de medidas cautelares personales.

B. Pertinencia de la aplicación de estándares “probatorios” en el contexto de las medidas cautelares personales

1. La duda como presupuesto de decisión

Lo que hemos dicho hasta el momento sobre los estándares de prueba es lo que han expuesto los juristas sobre aquellos. Sin embargo, se presenta como consecuencia una pequeña dificultad, es que los estándares probatorios están referidos siempre a la etapa de decisión del conflicto jurisdiccional, es decir, a los umbrales que permiten tener una hipótesis como probada al momento de la sentencia definitiva.

No obstante, la presente memoria pretende entender los estándares de convicción que operan al momento de decidir sobre las medidas cautelares personales en un proceso penal, lo que significa situar a los estándares en el contexto de etapas previas al momento de decisión final²⁶.

Por ello nace la pregunta de si acaso es correcto utilizar los mismos y ya conocidos estándares probatorios²⁷ para la decisión final del asunto en el contexto del otorgamiento de medidas cautelares personales y si la respuesta es afirmativa, procede cuestionarse la denominación pertinente.

Para responder a ambas interrogantes hay que comenzar señalando que la noción de *dubium* es relevante, porque todo proceso gravita en torno a la duda²⁸, que consiste en la indecisión de juicio entre dos o más hipótesis²⁹. El contenido del *dubium* radica en una serie de datos correspondientes a toda la *materia iudicandi*: a los hechos objeto del proceso y al derecho aplicable. Pero, además, se extiende a propósito de la justicia de la decisión del juez, a circunstancias sociológicas –económicas, ideológicas o de otra índole– y psicológicas del caso concreto que forman parte del *dubium* en su conjunto, y que no se dejan clasificar en el terreno fáctico o en el jurídico, sino que se extienden a todo el juicio jurisdiccional³⁰.

²⁶ Las medidas cautelares personales se pueden solicitar desde la formalización de la investigación hasta la audiencia de juicio oral. Ver. Cap. II, A, 2.2.

²⁷ Existe una serie de estándares identificados, de los cuales esta Memoria se referirá en detalle más adelante, como, por ejemplo, la duda razonable, la alta probabilidad, la prueba preponderante, certeza plena, entre otros.

²⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda*, cit. (n. 20), p. 13.

²⁹ *Ibidem*, p. 19.

³⁰ *Ibidem*, p. 27.

Siempre existirá duda en los procesos penales, incluso cuando hay casos que contemplan hechos públicos y notorios, porque en tales casos la duda persistirá al menos acerca del grado de culpabilidad del imputado³¹.

La duda existe en todo proceso jurisdiccional, puesto que cuando deja de existir, el proceso concluye o no llega a celebrarse. Sin la duda el proceso penal carece de todo sentido y resulta innecesario.

Como la duda está presente durante todo proceso, incluso aquellos que no corresponden al juicio ordinario, siempre será necesario superar toda duda para tomar una decisión.

Esto tiene como consecuencia que la aplicación de los estándares de prueba, como instrumentos que resuelven el problema de la duda, no se restrinja a la sola resolución del litigio en la etapa final de un proceso jurisdiccional mediante la dictación de la sentencia definitiva, sino que su campo de aplicación se extiende a todo el proceso cuando se deba decidir en relación con los hechos objeto del mismo.

Así pues, los estándares probatorios, sean, por ejemplo, la duda razonable, la alta probabilidad o la prueba preponderante –por señalar algunos– perfectamente pueden ser utilizados como criterio de decisión al momento de disponer medidas cautelares personales, ya que su procedencia requiere de a) antecedentes sobre la ocurrencia del hecho delictivo; b) antecedentes sobre la participación del imputado y c) necesidad de cautela³².

2. Correcta denominación a los estándares

Satisfecha la primera interrogante, corresponde hacernos cargo de aquella que se pregunta sobre la pertinencia de la denominación “estándares probatorios” a dichos umbrales de certeza sobre los hechos.

Se les denomina comúnmente estándares probatorios, porque como criterios de solución del conflicto jurisdiccional, suponen una etapa de prueba. Así, Taruffo señala que “el proceso y la decisión final, pretenden resolver la incertidumbre que se da respecto a la verdad o falsedad de los enunciados que tiene que ver con los hechos relevantes de la causa. La prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos”³³.

Sin embargo, ocurren dos situaciones que nos permiten superar el concepto de estándar de prueba para comenzar a hablar genéricamente de estándar de convicción: 1) existen procesos penales en los que no se produce o rinde prueba, como el procedimiento abreviado y el

³¹ *Ibidem*, p. 20.

³² El artículo 140 del CPP, que dispone los requisitos de procedencia de la prisión preventiva, opera como norma general para los requisitos de todas las medidas cautelares personales, por la referencia que hace el artículo 155 CPP. Sobre esto nos referiremos con mayor detalle en el Cap. II, A de esta Memoria.

³³ TARUFFO, Michele, *La prueba, artículos y conferencias*, Monografías jurídicas universitarias (Santiago, Editorial Metropolitana, 2009), p. 59.

procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad; 2) existen momentos anteriores a la resolución final del conflicto en que el juez debe decidir en relación con los hechos, los cuales tampoco contemplan etapa de prueba, así sucede, por ejemplo, en la discusión para el otorgamiento de medidas cautelares.

Uno de los objetivos de la prueba procesal es la introducción de los hechos de la realidad en el proceso y ello se consigue a través de los medios de prueba o, en expresión utilizada por algunos autores, medios de probar. Por tanto, podemos definir los medios de prueba como aquellos instrumentos o cauces procesales de los que se sirven las partes para introducir los hechos de la realidad en el proceso y trasladarlos a presencia judicial³⁴.

Si entendemos la actividad probatoria en un escenario de libertad probatoria³⁵ y sistema de libre valoración de la prueba³⁶ cubierto a su vez por el principio de inmediación, necesariamente debe darse la relación directa del juez con las fuentes personales de prueba, que en la experiencia del proceso criminal son muchas veces las únicas y, en general, las de mayor rendimiento. No existiría otro *modus operandi* posible, puesto que el juzgador debe formar criterio con materiales de primera mano, en virtud de una apreciación personalísima³⁷.

Por lo anterior, debemos concluir que la actividad de producción de prueba debe contemplar la utilización de todos los medios de prueba posibles en un proceso; de modo tal que si tenemos a una víctima viva, la prueba consistirá en su declaración ante el juez o tribunal y no una lectura de su declaración previa realizada ante la policía o ante el Ministerio Público³⁸.

Tanto en el procedimiento abreviado, donde el juez decide con base en los antecedentes contenidos en la carpeta investigativa del Ministerio Público y la aceptación de los hechos por parte del imputado, como en el procedimiento simplificado, donde el imputado admite responsabilidad y en el cual el juez decide basándose en los antecedentes de la antedicha carpeta a los que se suma –precisamente– la aceptación de responsabilidad del imputado, no hay –en ambos casos– mayor actividad probatoria, a diferencia de lo que sucede en una audiencia de juicio.

³⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria y la libre valoración de las pruebas en el proceso penal*, (Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997), p. 17. Disponible online: <http://vlex.com/vid/concepto-prueba-procesal-285254> visitado el 12.11.2016.

³⁵El artículo 295 del CPP dispone: *Libertad de prueba*
Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

³⁶ Consagrado en el artículo 297 del CPP: *Valoración de la prueba*
Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

³⁷ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)*, p. 3. Disponible online: www.alfonsozambano.com/doctrina_penal/valor_inmediacion.doc. Visitado el 10.12.2016.

³⁸ En la práctica, ante hechos delictivos poco graves y bastante comunes, la carpeta investigativa suele conformarse solo con el parte policial que relata los hechos en relación con las denuncias efectuadas por los denunciadores o víctimas.

Aun así, el juez de garantía en tales casos deberá resolver la causa luego de haber superado un estándar de convicción y en estos casos, para condenar el estándar debería ser el de la duda razonable³⁹.

Por otro lado, existen momentos previos a los de la decisión final de la causa en que el juez debe decidir diversas cuestiones en relación con los hechos. Laudan⁴⁰ bien señala que, en cada procedimiento penal, desde el momento del arresto inicial, pasando por decisiones sobre caución, admisibilidad de pruebas, jurisdicción o competencia, hasta la sentencia final (por mencionar solo algunas), se requiere una regla de decisión. Y debiéramos ser capaces de mostrar qué reglas rigen cada una de esas decisiones.

A nuestro juicio, decisiones relevantes anteriores a la sentencia final del proceso penal son aquellas que deciden sobre: medidas cautelares personales y reales, autorizaciones al fiscal para investigar mediante prácticas intrusivas o lesivas de derechos, cautela de garantías. A este respecto, se ha señalado que “las resoluciones que se dictan por el juez de garantía, recibe aplicación el principio de la mediación, puesto que las diligencias que deben ser consideradas como fundamento de esas resoluciones son realizadas por el Ministerio Público, careciendo el órgano jurisdiccional de facultades para que se realicen ante él”⁴¹.

Para todas estas etapas de decisión, donde no se rinde prueba, el juez debe alcanzar determinado estándar de convicción. Así por ejemplo: en las cautelares, acerca de la ocurrencia del hecho delictivo y la participación del imputado, además de la necesidad de cautela; para la autorización de diligencias de investigación intrusivas, deberá convencerse sobre la privación, al imputado o terceros, del ejercicio de derechos que la Constitución asegura, o su restricción o perturbación; en la cautela de garantías, acerca de si el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales vigentes.

Aunque no esté determinado cuál es el estándar de convicción en tales etapas de decisión, sin duda existe en los jueces un criterio, al menos, subjetivo para poder despejar las dudas pertinentes en cada caso y resolver. Así también, los llamados estándares probatorios bien podrían ser aplicados en este escenario, como, por ejemplo, el de la alta probabilidad en las

³⁹ El artículo 415 del CPP, que dispone normas aplicables al procedimiento abreviado, se remite a las normas del juicio ordinario para aquello no previsto en el título correspondiente a aquel procedimiento. Como nada acerca de la convicción judicial que debe alcanzarse para resolver se dice en el título III del Libro Cuarto, debemos concluir que es el de la duda razonable, consagrado en el artículo 340 CPP. Lo mismo sucede en el Juicio Simplificado, en que el artículo 389 dispone como normas supletorias aquellas del Libro Segundo. En un sentido similar, Carlos del Río señala que “la regla de in dubio pro reo (...) resulta de la aplicación de un estándar probatorio positivo necesario para la adopción de la decisión de condena, legalmente previsto y normativamente condicionado como el de prueba más allá de toda duda razonable”. En DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva*, en RDPUCV XXXIV, Valparaíso, (2010), p. 364.

⁴⁰ LAUDAN, Larry, *La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal*, en VÁSQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013), p. 125.

⁴¹ MATORANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, cit. (n. 17), p. 828.

medidas cautelares o en la autorización de diligencias intrusivas, o el de la duda razonable en la cautela de garantías.

En suma, es posible concluir que los estándares “probatorios”, en tanto umbrales de corroboración, pueden ser utilizados en cualquier etapa de decisión de un proceso, toda vez que para adoptar una medida o resolución, sea necesario verificar ciertos supuestos factuales objeto del proceso y despejar las dudas pertinentes. Y por su aplicación, tanto en momentos de resolución final (condena o absolución), como en momentos anteriores a aquél, donde no se verifica producción o rendición de medios probatorios, es necesario utilizar la denominación de estándar de “convicción” o de “decisión”, dejando atrás la vieja terminología de estándar de “prueba”.

C. Modelos de estándares de convicción identificados por la doctrina

En este punto, “existe una importante diferencia entre el grado de convicción judicial exigible para condenar en el proceso penal y el necesario para estimar la pretensión en el proceso civil”⁴², por lo que los estándares adoptan su sentido cuando se les intenta comprender dentro de los procesos para los cuales están llamados a ser aplicados.

Por otro lado, cabe señalar que los estándares de convicción también adoptan su sentido cuando se consagra un sistema de libre valoración de la prueba, donde “el juez estará facultado para valorar libremente según su conciencia las pruebas practicadas”⁴³. Labor de los estándares será otorgarle posteriormente al juez la pauta para que defina su decisión.

Finalmente, la metodología de esta investigación, al pretender ser explicativa en este capítulo, nos hace presentar los siguientes estándares en orden que refleja, en primer lugar, aquellos con mayor exigencia de convicción y menor posibilidad de error, continuando consecutivamente con aquellos en que la exigencia de convencimiento disminuye, mientras aumenta la posibilidad de error⁴⁴.

1. Convicción absoluta o plena

Es el estándar más elevado, operó en Chile bajo la vigencia total del Código de Procedimiento Penal de 1906, cuando aún regía el sistema inquisitivo antes de la Reforma Procesal Penal.

Para entenderlo, primero es necesario comprender cómo funcionaba el sistema inquisitivo. Ferrajoli define como modelo inquisitivo a “todo sistema procesal donde el juez procede de

⁴² FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes, *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*, p. 1. Disponible online: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/2907/3/valoracion_pruebas_personales.pdf visitado el 10.12.2016.

⁴³ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Valoración de la prueba en el proceso penal*, Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. (Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador), p. 103.

⁴⁴ Entendemos el error como aquella posibilidad de que el juez o tribunal adoptaren una decisión equivocada. En el contexto de las medidas cautelares, la posibilidad de error representa aquella probabilidad de enviar a prisión a un inocente o someterlo a otra restricción de libertad menos gravosa.

oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose a juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos del imputado”⁴⁵.

En este escenario, existía la prueba legal o tasada con requisitos exigentes para la condena. Entre ellos, la condena debía ser fundada en dos testigos oculares inobjetables en relación con la comisión del hecho⁴⁶; sin tales testigos el tribunal penal no podía condenar al acusado que negara los cargos formulados en su contra⁴⁷.

Así pues, en el caso chileno existía una exigencia probatoria alta y se expresaba en concreto en la fórmula de la llamada plena prueba. De acuerdo con ella, una condena debía basarse en prueba que alcanzara esa categoría y, para eso, la ley indicaba qué medios de prueba y bajo qué supuestos eran capaces de producir el efecto requerido de supresión completa de la duda⁴⁸. Esa exigencia probatoria importaba un esfuerzo del sistema legal por perfeccionar el modelo de enjuiciamiento criminal, básicamente como una forma de excluir lo más posible la probabilidad de condenar a un inocente.

Por ello, Riego⁴⁹ explica que en esos sistemas la exigencia de la reconstrucción de la verdad histórica exigía alcanzar la plena certeza, tanto de la ocurrencia del hecho, como de la participación del imputado⁵⁰.

En este sentido, el estado de plena certeza supone la supresión de cualquier forma de duda y requiere de pruebas capaces de lograrlo. Pruebas que deberían dar cuenta de los hechos de un modo tan claro y directo que permitieran suprimir por completo cualquier otra versión de aquella que daba lugar a la condena.

Así, por tanto, en terminología probabilística, la certeza absoluta equivaldría a una probabilidad de 100% (probabilidad de $P = 1$) de haber ocurrido los hechos.

⁴⁵ FERRAJOLI LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal* (Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta, 1995), p. 564.

⁴⁶ La prueba debía ser, según la famosa frase, “clara como el sol del mediodía”. En RIEGO, Cristián. *Nuevo estándar de convicción*, Informe de investigación N°17, año 5 (2003), Centro de investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, p. 5.

⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁸ Sin embargo, este exigente estándar de prueba requerido por el sistema inquisitivo acabó siendo “demasiado” rígido para lo que una sociedad estaba dispuesta a tolerar, básicamente porque permitía condenar sólo en dos hipótesis, a saber, la eventualidad de un delito flagrante, o la confesión del imputado. Así, entonces, como resultado lógico de la pretensión de conseguir pruebas que no dejaran espacio a la duda, que produjeran plena certeza, en fin, que dieran cuenta de una cierta verdad, el sistema inquisitivo dirigió su mirada preferentemente –en todos los casos que no fueran flagrantes, que por lo demás son los más– hacia la persona del imputado y a su confesión. En RIEGO, Cristián, cit. (n. 46), p. 6.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ El Artículo 456 Bis (484) del Código de Procedimiento Penal dispone: “*Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por la ley.*”

En consecuencia, el efecto práctico de este estándar es que, no obstante existir plena prueba de culpabilidad, si el sentenciador no alcanza la convicción de que el procesado realmente hubiese cometido el hecho punible y correspondido en él una participación culpable y penada por la ley, concierne se decrete la absolución del mismo⁵¹.

2. La duda razonable

Tiene su origen en el Derecho Anglosajón⁵², se explica por el sistema de jurados de los procesos penales, ante el cual los juristas tratan históricamente de crear expresiones sencillas que guían al jurado (en esencia lego en Derecho) en la valoración de la prueba, para que sepan qué grado de certeza deben alcanzar para dar por probado un hecho⁵³. Así surgió la expresión “*beyond any reasonable doubt*” o “más allá de toda duda razonable”.

En primer lugar, no existe una delimitación clara del alcance de este estándar, pero Mercedes Fernandez⁵⁴ señala que únicamente hay acuerdo acerca de que más allá de toda duda razonable no puede entenderse equivalente a “más allá de toda sombra de duda”, pues en ese caso sería necesario descartar por completo cualquier otra versión de los hechos distinta a la inculpatoria⁵⁵, mientras que se admite comúnmente que esta fórmula permite la existencia de otras hipótesis posibles, aunque improbables.

En este escenario, aunque este estándar intenta orientar a los jurados de manera que puedan ordenar mejor su pensamiento antes de tomar su decisión, dirigiendo la libre valoración de la prueba, su formulación invita al juez a que no concrete su motivación amparándose precisamente en estas frases⁵⁶.

En este sentido, Laudan entendió que no existe una noción unificada de lo que es razonable⁵⁷ y coligiendo finamente dijo que “si no disponemos de un criterio que nos indique las condiciones en que la duda será razonable (que no podrá ser cuantitativo), no podremos decir

⁵¹ BELTRÁN, Ramón, cit. (n. 15), p. 463.

⁵² “Su origen descansa en el olvidado mundo de la teología cristiana premoderna que, por cierto, escasa relevancia le asignaba a nuestras preocupaciones garantistas o epistemológicas. En efecto, el estándar de prueba no pretendía proteger al imputado –como hoy lo sostenemos–, sino que la duda razonable fue originalmente concebida para proteger –de su condena– el alma de los integrantes del jurado. Se creía, en esos tiempos, que el destino de quienes juzgaban estaba también en juego en cada juicio, porque condenar a un inocente era considerado en la antigua tradición cristiana potencialmente como un pecado capital. Por ende, la duda razonable fue en un inicio creación de la doctrina teológica, que procuraba asegurar –o reafirmar– en el jurado la idea de que ellos podían condenar al imputado sin poner en riesgo su propia salvación, siempre y cuando las dudas de la responsabilidad del acusado no fueran razonables”.

En CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl, *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*, en *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N° 2 (2011), pp. 80-8. Recogido de Whitman, James, *The Origins of Reasonable Doubt, Theological roots of the criminal trial*, Yale University Press, New Haven, 2008.

⁵³ NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba* (Madrid, Marcial Pons, 2010), pp. 85-86.

⁵⁴ FERNADEZ LOPEZ, Mercedes, cit. (n. 42), p. 1.

⁵⁵ Lo que a nuestro parecer sería identificar el concepto con el estándar de convicción absoluta o plena. Véase Cap. I, C, 1.

⁵⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración* cit. (n. 53), p. 87.

⁵⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda*, cit. (n. 20), p. 78. Cfr. Laudan, *Truth, error and Criminal Law*.

en ningún caso que disponemos de un estándar de decisión objetivo (o al menos intersubjetivo) y cognoscible a priori. Y esto producirá serios problemas para la finalidad motivadora de la conducta propia del derecho: si no disponemos de un estándar de prueba cognoscible a priori, las decisiones judiciales no podrán ser previsibles, lo que impide la adaptación estratégica de la conducta a la decisión prevista”⁵⁸.

Con todo, se han propuesto diversas formas de interpretación del estándar en comento para llenarlo de contenido, de manera que hay propuestas de este estándar como subjetivo así también como objetivo. En consecuencia, en el primer caso, se ha tratado de explicar que “prueba más allá de toda duda razonable significa prueba que es tan convincente que ustedes no vacilarían en confiar y actuar sobre ella al tomar las decisiones más importantes de sus propias vidas”⁵⁹; así también se ha sentenciado que “las pruebas más allá de toda duda razonable deben ser pruebas tan convincentes que una persona razonable no dudaría en confiar y actuar conforme a ella en el más importante de sus asuntos”⁶⁰.

En el segundo caso, han surgido propuestas de interpretación objetiva del estándar “más allá de toda duda razonable”, entre las cuales cabe destacar una línea similar de argumentación que sostienen autores como Laudan, Accatino, Allen, Ferrer, Beltrán. Tales propuestas concluyen que el estándar de prueba más allá de toda duda razonable expresa la decisión política de evitar con mayor intensidad las falsas condenas que las falsas absoluciones, entonces es posible mediante el lenguaje de la corroboración articular criterios objetivos que lo precisen, delineando una teoría de la razonabilidad de la duda. Por consiguiente, Daniela Accatino⁶¹ concluye que podría sostenerse que ese estándar requiere, para condenar:

- i) Que la hipótesis sea capaz de explicar los datos probatorios disponibles y que las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permitía formular hayan sido efectivamente constatadas. Este primer nivel apunta a la riqueza de los elementos de juicio que corroboran la hipótesis y requiere una comparación entre las pruebas efectivamente aportadas y las que, resultando predecible su existencia en el caso concreto, no han sido, sin embargo, producidas.
- ii) Que se hayan descartado todas las demás hipótesis compatibles con la inocencia del acusado, excepto las hipótesis ad hoc que no son empíricamente contrastables.

Desde la mirada probabilística, Pardo⁶² señala que “más allá de toda duda razonable” equivale a una probabilidad de 0,9 o más. Esto quiere decir que las pruebas resultan suficientes para confirmar un enunciado fáctico cuando la probabilidad de éste, dadas esas pruebas, supera el umbral de decisión que, en este caso, sería de 90 por 100 o más. Por su

⁵⁸ VÁSQUEZ, Carmen, cit. (n. 2), p. 35.

⁵⁹ HORVITZ, María & LÓPEZ, Julián, Derecho Procesal Chileno, Tomo II, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004), p. 160.

⁶⁰ O'Malley. En HAACK, Susan, *El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica*, en VÁSQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013), p.72.

⁶¹ ACCATINO, Daniela, *Forma*, cit. (n. 23), pp. 359-360.

⁶² PARDO, Michael, cit. (n. 5), p. 111.

parte, Laudan⁶³, de un modo casi similar, expone: “la idea es que el estándar de prueba establece un umbral de probabilidad (generalmente entre el 90% y el 95%) que debe lograrse antes de que el juzgador de los hechos esté justificado en condenar al acusado”.

En suma, este estándar fija un elevado nivel de suficiencia para la prueba de la acusación⁶⁴ e implica que la probabilidad de que el acusado sea responsable de los hechos debe ser muy alta para declararlo culpable, asumiendo que no sea posible llegar prácticamente nunca a la completa certeza; al mismo tiempo, sin exigir esa completa certeza, que lo único que provocaría sería un aumento irracional del número de absoluciones⁶⁵.

La forma ideal de operar en el contexto del proceso penal en el que se presume la inocencia del acusado es sustrayendo, ante una duda con carácter de razonable, de responsabilidad penal del acusado declarando su inocencia. En otros términos, ante la duda sobre su culpabilidad –no cualquier duda, sino una razonable– el juez o tribunal tienen el deber de resolver la absolución⁶⁶. Esto es lo que Nieva⁶⁷ llama regla admonitiva en el juicio jurisdiccional, toda vez que la presunción de inocencia, elevada a la categoría de principio general del Derecho actúa *pro reo* y las consecuencias de la existencia del *dubium* ya no son libres, sino que constituyen una obligación para el juez de motivar sin matices la inocencia, sin escudarse en la falta de pruebas, sino interpretando que es una deficiencia probatoria lo que evidencia la inocencia.

3. La alta probabilidad

Conocido y originado en el Derecho Anglosajón como “*clear and convincing evidence*”, “*clear, convincing, and satisfactory*”⁶⁸ y, en el sistema canadiense, este estándar se conoce

⁶³ LAUDAN, Larry, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 28 (2005), p. 98.

⁶⁴ ACCATINO, Daniela, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, en MISMO (Coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 134.

⁶⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración*, cit. (n. 53), p. 86.

⁶⁶ Se discute acerca de la consideración del voto disidente en un tribunal como una duda razonable que necesariamente debe acarrear la absolución. Carnevali, ha dicho “Si, por ejemplo, la tesis de la defensa ha sido capaz de convencer a uno de los jueces que ésta ha sido plausible, ha sido capaz de introducir dudas razonables, que de conformidad al principio in dubio pro reo impediría condenar. Dicho en otros términos, si la postura de la defensa es plausible, razonable, quiere decir que la otra tesis, la del fiscal, no ha podido superar el estándar exigido y, en consecuencia, su prueba no va más allá de la duda razonable”. CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl, cit. (n. 52), p. 107.

⁶⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda*, cit. (n. 20), p. 74. Asimismo, Perfecto Andrés Ibañez ha dicho que “Se advierte con claridad en el caso del voto disidente en un tribunal colegiado, que muy bien puede partir de los mismos datos probatorios que la resolución de mayoría, pero, eso sí, entendidos de una manera diversa. Modo de entender discrepante, que nunca podría proyectarse hacia afuera del órgano como un simple porque sí. Como parece que tampoco podría hacerlo la misma resolución que motiva el disentimiento y, en suma, ninguna resolución”. En ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Valoración*, cit. (n. 43), p. 114.

⁶⁸ El estándar de prueba “*clear and convincing*” fue usado, por primera vez, por la Corte de Apelaciones de Nueva York cuando debió resolver un caso sobre el derecho a la muerte. El Juez Wachtler definió el estándar señalando: “*Clear and convincing proof should... be required in cases where it is claimed that a person, now incompetent, left instructions to terminate life sustaining procedures when there is no hope of recovery*”. El

como “*balance of probabilities*”. La alta probabilidad de ocurrencia de los hechos es un estándar de convicción menos exigente que el de la duda razonable, pero más alto que el de la prueba prevalente o preponderante, comúnmente usado en el proceso civil.

En este contexto, McBaine⁶⁹ ha explicado este estándar de convicción en los siguientes términos: “el juez, si el juez determina los hechos, o el jurado, si el jurado determina los hechos, debe creer que es altamente probable que los hechos sean verdaderos o existen; aunque no es necesario creer al punto de casi certeza, o más allá de una duda razonable que son verdaderos o existen, o que ellos ciertamente son verdaderos o existen; aunque no es suficiente [tampoco] para creer que es simplemente más probable que ellos sean verdaderos o existan o que sean falsos o no existan”.

Más precisa resulta la conceptualización epistemológica apreciada por Susan Haack⁷⁰: “prueba clara y convincente son las pruebas que resultan precisas, explícitas, no confusas y de peso tal que producen una creencia firme o la convicción, sin duda, del caso en cuestión”. Asimismo, la mencionada autora se encontró con las instrucciones federales estadounidenses, las cuales explican que la prueba clara y convincente exige que el jurado esté persuadido por las pruebas de que la alegación muy probablemente es verdadera.

Desde otra perspectiva, Beltrán ha recopilado declaraciones jurisprudenciales norteamericanas que apuntan a expresar, entre otras conclusiones, que “la verosimilitud exigida por este estándar –en la probabilidad de ocurrencia fáctica– requeriría que “la evidencia sea tan clara como para no dejar dudas sustanciales”, es decir, que sea “lo suficientemente fuerte para dirigir el asentimiento sin titubeos de toda mente razonable”. Luego, su carácter claro y convincente, serviría precisamente para predicar su cariz eclécticamente intermedio: “la evidencia será clara en el sentido de que es cierta, simple a la comprensión, inequívoca; y convincente en el sentido de que es tan razonable y persuasiva como para hacer que cualquiera la crea”.

Haack⁷¹ ilustra esto mientras explica que con mayor frecuencia usamos “probablemente” y otras expresiones similares cuando pensamos que algo es cierto, pero no estamos totalmente seguros de ello. Así, por ejemplo, cuando alguien dice que las sobras de comida de la nevera, aunque ya no estén tan frescas como antes, “probablemente” están lo suficientemente bien para comerse. De este modo, “cuando las pruebas de que p no son tan fuertes y reconociendo que p podría resultar falsa, usamos la expresión “probablemente” como un modo de limitar nuestro compromiso”.

Pardo dilucida matemáticamente este estándar, indicando que típicamente se propone para este estándar el equivalente a una probabilidad aproximada de $P > 0.75$ ⁷². Esto implica que la

mismo estándar fue luego utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el conocido caso sobre el derecho a la muerte *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990). En CARNEVALI RODRIGUEZ, Raul, cit. (n. 52), p. 101.

⁶⁹ MCBANE, J.P., “Burdens of Proof: Degrees of Belief”, *California Law Review*, Vol. 32 (1944), pp. 262-263. En BELTRÁN, Ramón, cit. (n. 15), p. 471.

⁷⁰ HAACK, Susan, cit. (n. 60), pp. 71-72.

⁷¹ *Ibidem*, p. 76.

⁷² PARDO, Michael, cit. (n. 5), p. 111.

probabilidad de acaecimiento en el pasado de los hechos de la causa es mayor al 75% de posibilidades, mientras que la posibilidad de error no puede superar el 25%.

Las consecuencias del uso de este estándar reflejarían que el juzgador, antes de tomar una decisión, puede tener una serie de dudas respecto a su convencimiento. Sin embargo, mientras tales dudas no superen el 25% de probabilidad, podrá el juez fallar o decidir respecto de la posición que ha superado el 75% de su convencimiento.

4. La probabilidad prevalente

También conocido como prueba preponderante o prueba prevalente, es el estándar comúnmente exigido en los procesos civiles. Según él, una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte “más probable que no”; es decir, más probable que su correlativa hipótesis negativa. En consecuencia, en el caso de que sólo exista una hipótesis sobre el hecho en cuestión, el criterio de la probabilidad prevalente se resume en la regla “más probable que no”⁷³.

En muchos ordenamientos la regla de “más probable que no” no se encuentra prevista en ninguna regla particular, pero se afirma como criterio racional para la elección de las decisiones sobre hechos de la causa⁷⁴. En este sentido, se ha afirmado que “desde una perspectiva epistemológica cabe decir que la racionalidad exige un grado de probabilidad mínimo del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional. Ese grado mínimo lo constituye la probabilidad prevalente”⁷⁵. En otras palabras, un procedimiento racional de decisión no debiera concebirse con un estándar menor al de la probabilidad prevalente, porque de lo contrario se tornaría irracional⁷⁶.

En este sentido, Larroucau⁷⁷ advierte que el estándar de probabilidad prevaleciente o regla de $P > 0,5$ (probabilidad mayor a 0,5) ocupa un lugar de privilegio como umbral de prueba, porque garantiza una distribución igualitaria de los riesgos de errores entre actor y demandado, es decir, porque “minimiza el número de veredictos erróneos de manera igualitaria entre las partes: los falsos positivos (aceptar la pretensión del actor cuando no corresponde) y los falsos negativos (no dar lugar a la pretensión cuando sí procedía) son igualmente indeseables”. Añade que “la regla de $P > 0,5$ no solo proporciona un trato indiferenciado a las partes, sino que al mismo tiempo se hace cargo de los limitados recursos de que dispone un tribunal: así, la minimización de errores del estándar de preponderancia

⁷³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, cit. (n. 19), p. 130.

⁷⁴ TARUFFO, Michele, *Conocimiento*, cit. (n. 4), p. 1297.

⁷⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina, cit. (n. 19), p. 130.

⁷⁶ Sin embargo, esto podría discutirse, toda vez que, mediante la metodología de la deducción en la averiguación de la verdad, existen procesos que se conformarían con estándares menores. Esto lo corroboraremos más adelante, a propósito del estándar “sospecha razonable” (Cap. I, C, 5).

⁷⁷ LARROUCAU TORRES, Jorge, cit. (n. 1), p. 789.

sirve mejor a la verdad, pues impide que un relato basado en hechos verdaderos sea finalmente descartado porque no satisfizo una exigencia probatoria excesiva”.

Taruffo identifica un criterio de grado mínimo necesario de confirmación probatoria indispensable para que un enunciado pueda ser considerado “verdadero”, señalando que este estándar indica que es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación positiva prevalente, no sólo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50%⁷⁸.

Esto lo explica dicho autor, subrayando que el juez puede asumir como “verdadera”, por estar confirmada por las pruebas, una hipótesis sobre un hecho cuando el grado de confirmación positiva sea superior al grado de probabilidad de la hipótesis negativa correlativa. Si con el tiempo surgen otras hipótesis con un grado de confirmación positiva, entonces será racional escoger aquella que tenga el grado de confirmación relativamente mayor⁷⁹.

5. La sospecha razonable

No mucho se ha hablado de este estándar, ni hay claridad sobre su correcta denominación. Es el existente en la justicia laboral chilena después de la reforma del año 2006, específicamente en el juicio de tutela por violación de derechos. Larroucau⁸⁰ esclarece que en este proceso el actor debe únicamente aportar una “chispa” de prueba para que se acoja su relato, ya que el artículo 493 del Código del Trabajo ordena que “...de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten i n d i c i o s suficientes”.

Añade el citado autor que la consecuencia de este estándar gravita en torno a que “una vez que se despierta en el tribunal la “sospecha razonable” de que han ocurrido los hechos tal como ha relatado el trabajador, el juez laboral está autorizado para acoger su demanda inmunizándolo de los errores en el veredicto”.

Por otro lado, sin ahondar en las razones para repartir así los riesgos, Larroucau señala que este estándar de prueba responde a la lógica continental de los beneficios (“acoger los reclamos de atentados a ciertos derechos fundamentales del trabajador”), sin preocuparse de justificar el reparto de costos que conlleva (“¿por qué debemos cargar a los empleadores con los gastos de una sentencia errónea?”).

6. La íntima convicción

La *intime conviction* es el resultado de un sentir general de algunos juristas del siglo XVIII que se arrastraba ya de atrás. Nieva⁸¹ relata que existía un gran descontento por el funcionamiento de los tribunales por muchas razones, pero especialmente en cuanto a la

⁷⁸ TARUFFO, Michele, *Conocimiento*, cit. (n. 4), p. 1300.

⁷⁹ *Ídem*.

⁸⁰ LARROUCAU TORRES, Jorge, cit. (n. 1), p. 788.

⁸¹ NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración*, cit. (n. 53), p. 71.

valoración probatoria, debido a la aplicación excesivamente estricta y absurda que se estaba realizando de las normas de prueba legal⁸². Así, entre Italia e Inglaterra se formó una especie de movimiento contra el sistema de valoración legal de la prueba, que habría de culminar con su casi total derogación⁸³.

La primera referencia legal de este estándar se encuentra en Francia, a la luz de la Ley 16-21 de septiembre de 1971 que desarrolla instrucciones al jurado⁸⁴, que fue reproducida por leyes posteriores que, en algunos casos cambiaron la terminología de *intime conviction* por *conviction personnelle* o *intime et profonde conviction*. Y “básicamente se explica que la *intime conviction* significa la libertad total del que juzga a la hora de apreciar la prueba, sin motivación, pero dentro de la sinceridad de su conciencia”⁸⁵.

En definitiva, “significa que la valoración probatoria que el juez realiza discurre sólo merced a su convicción íntima, entendida como vacío de reglas, es que no es racionalizable, ni justificable, ni, por supuesto, susceptible de motivación y, menos aún, de fiscalización por terceros”⁸⁶.

Sin embargo, Nieva⁸⁷ relata que el fundamento de este estándar en ese momento no fue la evitación de arbitrariedades por parte del jurado, sino en beneficio de un obrar mucho más racional incentivando el uso del intelecto y sentido común a la hora de valorar la prueba y juzgar; y para excluir por completo cualquier tentación de aplicar reglas legales de la valoración de la prueba, porque eso sí constituía arbitrariedad.

Contemporáneamente se ha entendido que, "el principio de libre valoración de la prueba, con arreglo a conciencia, (...) supone una apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase, formando su convicción en torno a los problemas tácticos y sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente”⁸⁸.

Sin embargo, la íntima convicción por sí sola trajo posteriormente problemas relativos a la falta de motivación sobre la prueba y a la inseguridad jurídica que acarrea. Es esto lo que en el contexto de la libre valoración probatoria implicó el surgimiento de nuevos estándares más exigentes.

⁸² Algunas críticas contra la prueba legal esgrimidas por Bentham apuntan especialmente contra los juramentos, la pluralidad de testigos exigidos en la prueba testifical, el rechazo de plano de ciertos testigos y el valor tasado de la prueba documental. En NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración*, cit. (n. 53), p. 76.

⁸³ Destaca el autor la labor de Blackstone, Bentham y Beccaria. Ver pp. 71 a 78.

⁸⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración*, cit. (n. 53), p. 73.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 74.

⁸⁶ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Sobre*, cit. (n. 37), p. 15.

⁸⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración*, cit. (n. 53), pp. 75 y 78.

⁸⁸ Tribunal Supremo, Sala Segunda, sentencia de 7 de mayo de 1993. Citado en ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Sobre*, cit. (n. 37), p. 15.

D. Estándares en la legislación penal

1. Código Procesal Penal

Desde la discusión en el Congreso, para la regulación del estándar de convicción en la etapa de condena se logró definir que no debía ser tan alto. Así consta en la Historia de la ley⁸⁹:

Precisamente, en el primer trámite constitucional, la H. Cámara de Diputados estableció que nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue hubiere adquirido la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Sin embargo, el Senado, durante el segundo trámite constitucional estuvo de acuerdo en que “no es preciso que sea absoluta la convicción a que debe llegar el tribunal. Basta que sea suficiente”.

En consecuencia, consta que se planteó rechazar la redacción original del proyecto en los siguientes términos: “Se propone rechazar este artículo, con el fin de poder establecer que nadie podrá ser condenado por delito, sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”⁹⁰. Propuesta que fue acogida en la Comisión mixta del tercer trámite constitucional.

Cabe señalar que la Comisión Mixta no olvidó que el estándar de convicción “más allá de toda duda razonable” es propio del derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que fue consciente de que resultaría una novedad para el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo –y a pesar de lo que hemos analizado con anterioridad⁹¹–, estimó que es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes⁹².

Así, por tanto, el Código Procesal Penal en el Artículo 340 inciso 1º, titulado “Convicción del tribunal”, dispuso: “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

En sentido contrario, respecto al otorgamiento de la prisión preventiva y las medidas cautelares personales del artículo 155, no se dispuso expresamente un estándar de

⁸⁹ Historia de la Ley N° 19.696 Establece Código Procesal Penal, 12 de octubre, 2000, p. 1940. Disponible online: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf> visitado el 1.09.2016.

⁹⁰ *Ídem*.

⁹¹ Cfr. Cap. I, C, 2. “La duda razonable”.

⁹² Historia de la Ley, cit. (n. 89), p. 2005.

convicción.⁹³

2. Código de Procedimiento Penal y Código de Justicia Militar

Si bien el Código Procesal Penal como norma general reguladora de los procesos penales vino a reemplazar al antiguo Código de Procedimiento Penal, no le quitó totalmente su vigencia, la cual se perpetuará hasta que no existan hechos delictivos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia del CPP. Asimismo, el Código de Justicia Militar hace aplicables a los procesos marciales, en sus diversas disposiciones, normas generales y especiales del Código de Procedimiento Penal.

En definitiva, el antiguo cuerpo legal dispone en su Art. 456. bis (484) “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”.

De esta manera, el estándar para condenar o absolver es el de certeza plena o máxima⁹⁴, tanto para los procesos penales comunes regidos por la antigua legislación vigente, como para los procesos penales militares⁹⁵.

Por otro lado, en cuanto al otorgamiento de medidas cautelares personales, el Código de Justicia Militar dispone en su Artículo 136 que “cuando haya motivo bastante para sospechar que una persona es autor, cómplice o encubridor de un delito, el Fiscal podrá decretar su prisión o limitarse a citarlo a prestar declaración indagatoria, según las circunstancias”.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal, en el Artículo 274 establece que después que el juez haya interrogado al inculcado, lo someterá a proceso⁹⁶, si de los antecedentes resultaren dos supuestos copulativos: 1° Que está justificada la existencia del delito que se investiga, y 2° Que aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculcado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

Sin embargo, nada dicen estos códigos acerca del estándar de convicción exigido para decretar la prisión preventiva.

⁹³ Cfr. Cap. II, B. “Estándar utilizado en la actualidad”.

⁹⁴ Para comprender el funcionamiento de este estándar ver Cap. I, C, 1 “Convicción absoluta o plena”.

⁹⁵ Todas las sentencias de Juzgados Navales, Militares y de la Corte Marcial aluden a dicha norma y al estándar que ella exige.

⁹⁶ El sometimiento a proceso es relevante, toda vez que por el procesamiento la detención se convierte en prisión preventiva (art. 277 Código de Procedimiento Penal).

E. Estándares de convicción en la legislación civil

1. Regla general en materia civil⁹⁷

Como se ha indicado en líneas anteriores, no existe una norma expresa sobre el estándar de convicción que debe superar el juez civil para acoger la pretensión del demandante. Sin embargo, se ha sostenido por la doctrina que el umbral aplicable es el de la prueba preponderante, en otras palabras, es un estándar de probabilidad prevaleciente, donde la regla aplicable sería de $P > 0,5$ ⁹⁸, entendiéndose que 0 es igual a ignorancia y 1 es igual a conocimiento⁹⁹, inclinándose la balanza levemente de cargo del actor. Así, es el demandante el que debe superar ese 0,5 para convencer al tribunal con el objeto de que acoja su pretensión, en concordancia con la regla del art. 1698 del Código Civil, en virtud del cual, incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien las alega.

2. Alteración de la regla de la prueba preponderante

2.1 Aumento del estándar de prueba preponderante

La prueba preponderante es el estándar general, que puede hacerse más estricto, esto es, acercarse más al 1, en determinados casos, donde las consecuencias para la parte demandada no son sólo jurídicas patrimoniales, como ocurre en juicios por fraude o en disputas sobre relaciones parentales, tipos de casos en que la regla $P > 0,5$ no es satisfactoria, porque de acogerse la acción, la parte demandada cargará con gravosas secuelas sociales, además de económicas.

En supuestos como los anteriores, se acude a lo que se denomina un estándar intermedio de “evidencia clara y convincente” que traducido en el lenguaje de las probabilidades, requiere aplicar una regla distinta, que podría graficarse como: $P > 0,75$. Así, el grado de convicción al que debe llegar el juez será más exigente cuando la seriedad de la demanda puede provocar graves resultados. Esta seriedad en las consecuencias es lo que exige del juez civil un “escrutinio acabado” de las circunstancias, o bien, una “prueba contundente” de los hechos. Considerando que las secuelas de una sentencia civil errónea también pueden ser “ruinosas para un individuo¹⁰⁰. Entonces, cuando los bienes en juego lo sugieran es posible aumentar el estándar exigido hacia uno de prueba clara y convincente (regla $P > 0,75$), resguardando así la posición del demandado. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos donde se acusa una actuación dolosa¹⁰¹.

Un problema interesante surge cuando se trasladan estándares de un sistema a otro sistema con fundamentos bastante diferentes, como ha sucedido en casos de responsabilidad

⁹⁷ En este apartado se habla de materia civil en un sentido amplio, incluyendo los procedimientos especiales como la justicia de familia o la justicia laboral.

⁹⁸ Los estándares de prueba en materia civil son tratados en el lenguaje de las probabilidades. Larroucau Torres, Jorge “Hacia un estándar de prueba civil, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 3, [2012], p 792

⁹⁹ LARROUCAU TORRES, Jorge, cit. (n. 1), p.792.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 791.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 803.

extracontractual cuando la víctima ventila una pretensión indemnizatoria en el proceso penal. “En estas situaciones no es extraño que los jueces usen el estándar penal para juzgar los hechos de un asunto civil como la indemnización. Ello es un problema grave porque traslada el reparto de los riesgos del derecho criminal fuera de su marco de justificación”¹⁰². Cuestión que eleva la carga probatoria de la víctima en un procedimiento judicial en el que normalmente la balanza probatoria se encuentra casi en igualdad para ambas partes.

2.2 Disminución del estándar de prueba preponderante

Por otro lado, no sólo se presentan casos en que la regla del 0,5 se eleva, aumentando el estándar de convencimiento del tribunal para acoger una pretensión determinada, sino que también puede flexibilizarse en sentido contrario cuando los bienes jurídicos y los fundamentos del procedimiento así lo ameriten. Este supuesto se observa en la justicia laboral chilena, en el juicio de tutela por violación de derechos fundamentales, regulado en el artículo 493 del Código del Trabajo, el cual señala que cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. De tal forma que “en este juicio el actor únicamente debe aportar una ‘chispa’ de prueba para que se acoja su relato (menor a 0,5), de modo que una vez que se despierta en el tribunal la “sospecha razonable” de que han ocurrido los hechos tal como ha relatado el trabajador, el juez laboral está autorizado para acoger su demanda inmunizándolo de los errores en el veredicto”¹⁰³.

En casos de tutela anticipada¹⁰⁴, donde el juez aún no ha analizado prueba alguna, pero la ley lo faculta para conceder provisionalmente la demanda, la regla de convicción se basta con la presentación de la demanda acompañada con sus respectivos documentos. Así ocurre en materia de familia en el caso de alimentos. El artículo 327 del Código Civil dispone que mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, deberá el juez ordenar que se den provisoriamente, con el sólo mérito de los documentos y antecedentes presentado; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demandan obtiene sentencia absolutoria. Cesando este derecho a la restitución el que de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda. Es decir, basta un fundamento plausible para que se concedan alimentos a quien no le corresponden y para que no se restituya el dinero dado luego del rechazo de la pretensión. Aquí no opera la prohibición de enriquecimiento injustificado, porque el legislador ha querido proteger especialmente a los posibles alimentarios.

Una cuestión similar ocurre en materia de bienes familiares, donde de conformidad con el artículo 141 del Código Civil, con la sola interposición de la demanda el inmueble que sirve de residencia principal de la familia se transforma provisoriamente en familiar, lo que implica una expresa limitación a las facultades de disposición del propietario del bien.

¹⁰² *Ibidem*, p. 787.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 788.

¹⁰⁴ Para examinar más casos de tutela anticipada en el derecho chileno, revisar ROMERO SEGUÉL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012), pp. 42 y ss.

En síntesis, “el estándar de probabilidad prevaleciente o regla $P > 0,5$ en la litigación civil “debe ser protegido por algún grado de inercia”, de modo que el juez únicamente se aparte de él con buenas razones. Esta posibilidad de inclinar la escala en los juicios civiles nos invita en último término a cuestionar la vigencia del argumento que durante años ha dicho que el estándar civil es menos exigente que el criminal *debido* a los bienes en juego”¹⁰⁵. Así, puede hacerse más o menos estricto con razones justificables, como las descritas en los párrafos anteriores, y no por mero arbitrio del juzgador.

3. Tutela Cautelar en materia civil

En el proceso civil “la tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el funcionamiento de la justicia”¹⁰⁶. Por ello, la concesión de una medida cautelar es “la protección de un derecho virtual, de una apariencia de derecho, frente al peligro de ineficacia que pueda darse para el futuro cumplimiento de una sentencia pronunciada en un juicio declarativo o ejecutivo”¹⁰⁷.

Según Horvitz¹⁰⁸, toda medida cautelar exige la concurrencia de dos requisitos, que consisten en la “apariencia de buen derecho” (*fumus boni iuris*) y en el “peligro de retardo” (*periculum in mora*). En materia procesal civil, por ejemplo, la primera exigencia se desprende notoriamente del artículo 298 CPC, que impone a quien requiere una medida precautoria “acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”; la segunda consiste, en cambio, en la exigencia de que haya motivo de temer que la cosa mueble se pierda o deteriore en manos de la persona que la tenga en su poder (art. 291 CPC); o motivo racional para creer que el demandado procurará ocultar sus bienes (art. 295 CPC). Como se aprecia, los requisitos en cuestión fuerzan, por una parte, la elaboración de un juicio de probabilidad acerca del éxito de la pretensión y, por otra, la constatación de un riesgo cierto de que el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria se haría ilusorio de no adoptarse una medida de aseguramiento.

¿Cuál es el grado de convicción acerca del otorgamiento de medidas cautelares en materia civil? Al parecer, la doctrina se conforma con señalar los requisitos de otorgamiento, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, pero aún no hemos podido encontrar qué tan convencido debe estar el juez acerca de tales supuestos. Algo similar a lo que ocurre en materia penal. Sin embargo, las palabras “presunción grave” del primer supuesto hacen parecer que el estándar debiera interpretarse como uno de alta probabilidad. Sin embargo, si adoptamos aquellas tesis que promulgan un estándar menor al de la sentencia final, y en general, en los procesos civiles el estándar de decisión es el de la prueba preponderante, significaría que en

¹⁰⁵ LARROUCAU TORRES, Jorge, cit. (n. 1), p. 792.

¹⁰⁶ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Lima, Editorial Ara, 2006), p. 45.

¹⁰⁷ ROMERO SEGUEL, Alejandro *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, segunda edición. (Santiago, Legal Publishing, 2014), p. 169.

¹⁰⁸ HORVITZ, María & LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Chileno*, Tomo I, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002), p. 355.

materia cautelar civil, el estándar bien podría ser menor a este último, como la sospecha razonable o la íntima convicción del juez.

Finalmente, el límite que no debe sobrepasar una medida cautelar civil es no satisfacer anticipadamente el contenido de la sentencia, esto quiere decir que “el contenido o efecto de la medida cautelar no puede ser idéntico al resultado que se busca con la acción deducida, sino estaríamos frente a una situación de tutela anticipada”¹⁰⁹

F. La prisión preventiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Importa analizar en este apartado cuál es el estándar de convicción que requiere tener el juez a la hora de decretar la prisión preventiva, a la luz del sistema interamericano de derechos humanos. Debe señalarse desde ya que no existe una norma expresa en la Convención¹¹⁰, pero la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹¹ sí se ha pronunciado al respecto.

1. Consideraciones previas. La prisión preventiva y la presunción de inocencia

El principio rector en esta materia es el de la excepcionalidad de la prisión preventiva, que viene a equilibrar la relación entre la restricción a la libertad anterior a la condena con el principio de presunción de inocencia.

El artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Y el artículo 7.5 señala que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. De las normas anteriores se concluye que la procedencia de medidas cautelares que restrinjan la libertad son excepciones a la regla general.

2. Justificación de la prisión preventiva en el sistema interamericano de derechos humanos. Convicción en virtud de circunstancias objetivas

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el otorgamiento de la prisión preventiva sólo se puede fundamentar en un fin legítimo: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la

¹⁰⁹ ROMERO SEGUEL, Alejandro, cit. (n. 107), p. 183.

¹¹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos.

¹¹¹ En adelante la Comisión.

justicia¹¹². Bajo esta consideración, la procedencia de esta medida cautelar por peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido no es legítima. En palabras de Max Troncoso, “el mandato de la CADH a sus Estados partes es claro, no puede subordinarse el principio de inocencia al orden o seguridad de la sociedad o del ofendido”¹¹³.

En este sentido, el grado de convicción necesario sólo será apreciable en la causal de peligro para el éxito de la investigación y la de peligro de fuga. El riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado, pero no en cualquier criterio, sino que en circunstancias objetivas. Por lo que “la mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito”¹¹⁴. Esta obligación de verificar el peligro en circunstancias objetivas ha sido reconocida por la Comisión, al señalar: “que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia”¹¹⁵.

3. El estándar aplicable: Indicios racionales

Dentro de los casos excepcionales, señalados en el párrafo anterior, respecto de los cuales cabe la discusión acerca de la procedencia de la prisión preventiva, se requiere además un grado de convencimiento para decretarla.

La Comisión Interamericana, en el Informe N° 86/09, ha señalado que para otorgar la prisión preventiva es necesario que se acredite la vinculación entre el imputado y el hecho por el que se le acusa. Sin esta conexión no proceden medidas cautelares. Así, argumentó respecto del caso “Jorge, Dante y José Peirano Basso contra la República Oriental del Uruguay”, que “como presupuesto para disponer la privación de la libertad de una persona en el marco de un proceso penal deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar, ya que esa sola circunstancia, la prueba que vincula a la persona al hecho, es lo que distingue al imputado –inocente– contra quien se dispone la medida, de las demás personas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna –igualmente inocentes”¹¹⁶.

Inmediatamente después de este razonamiento señala que “este presupuesto está reconocido expresamente en la Convención Europea al disponer que se puede privar de la libertad a una

¹¹² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de noviembre de 2009, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, párr. 111. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf visitado el 20.11.2016.

¹¹³ TRONCOSO, Max, *La prisión preventiva a la luz de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, disponible online: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-prision-preventiva-a-la-luz-de-la-convencion-interamericana-sobre-derechos-humanos-cadh>. Visitado el 10.12.2016.

¹¹⁴ GIORGIO, Alejandro María, *Medidas de Coerción. La prisión preventiva* (Buenos Aires, Editorial Dunken, 2015), p.25.

¹¹⁵ CIDH, Informe N° 12/96 de 1° de marzo de 1996, párrafo 84.

¹¹⁶ CIDH, Informe N° 86/09 de 6 de agosto de 2009, Párrafo 77.

persona cuando existen indicios racionales, es decir, elementos de prueba que habrían satisfecho a un observador objetivo de que ella ha cometido un delito (artículo 5.1.c)”¹¹⁷.

En otras palabras, la Comisión ha entendido que el estándar de prueba sería que permita la vinculación entre el hecho y la persona es el mismo que la Convención Europea denomina como “indicios racionales”¹¹⁸. Siendo este un umbral alto, al exigir la convicción de la comisión del delito por la persona imputada, pero todavía inferior al requerido para condenar.

Al parecer este estándar es similar –si no el mismo– al de alta probabilidad, solamente que expresado en otros términos. Por tanto, en términos probabilísticos, reflejaría un grado de convicción $p > 0.75$.

¹¹⁷ CIDH, Informe N° 86/09, Párrafo 78.

¹¹⁸ El artículo 5.1. de la Convención Europea dispone que “*toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido*”.

CAPÍTULO II. ESTÁNDAR APLICABLE A LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES Y PROPUESTA DE UN ESTÁNDAR OBJETIVO

A. Contexto normativo de las medidas cautelares personales¹¹⁹ en el Código Procesal Penal

1. Consideraciones preliminares

Las medidas cautelares –como explica Horvitz¹²⁰– surgen como concepto de la doctrina italiana del ámbito procesal civil, donde constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión. Este concepto, elaborado a principios del siglo XX y adaptado posteriormente al ámbito procesal penal, influyó fuertemente en España e Iberoamérica. Sin embargo, la doctrina alemana no lo adoptó y prefirió manejar las nociones de “medidas coercitivas” o “medios de coerción procesal”.

Ahora bien, “aplicadas al proceso penal, las medidas cautelares deben tomar en consideración el doble objeto que en nuestro sistema se reconoce a aquél: por una parte, la satisfacción de una pretensión penal, consistente en la imposición de una pena y, por la otra, la satisfacción de una pretensión civil, consistente en la restitución de una cosa o la reparación por el imputado de las consecuencias civiles que el hecho punible ha causado a la víctima”¹²¹.

Por lo anterior, Gimeno Sendra conceptualiza las medidas cautelares como “resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa (...) por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia”¹²².

Así pues, en este escenario se distinguen medidas cautelares personales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal, y medidas cautelares reales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado. En otras palabras, Horvitz¹²³ añade que, en términos

¹¹⁹ Para efectos de esta Memoria, entenderemos en un sentido estricto como medidas cautelares personales, aquellas que restringen la libertad personal del imputado para asegurar los fines del procedimiento penal, la seguridad del ofendido o de la sociedad, o evitar la fuga del imputado. En definitiva, nos referiremos específicamente a la prisión preventiva, las cautelares del artículo 155 CPP y tal vez a la del 156 bis. Por esta razón, descartamos del estudio otras cautelares como la detención, donde la privación de libertad es por breve tiempo y tiene por finalidad la conducción del detenido al tribunal, y también deseamos la citación, que consiste en ser una orden judicial de comparecencia del imputado ante el tribunal. Conceptos extraídos de OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes de Derecho Procesal Penal I* (Valparaíso, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2015), pp. 107, 114, 131, 147, 148 y 150.

¹²⁰ HORVITZ, María & LÓPEZ, Julián, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 108), pp. 341-342.

¹²¹ *Ídem*, p. 342.

¹²² *Ibidem*, p. 343.

¹²³ *Ídem*, 343.

más gráficos, se suele decir que las medidas cautelares personales tienden a asegurar la persona del imputado, en tanto las medidas cautelares reales tienden a asegurar sus bienes.

Específicamente las medidas cautelares personales pueden ser definidas como aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento. En este sentido, José Portal afirma que “la medida cautelar tiene como única función preservar la eficacia del proceso”¹²⁴.

Horvitz¹²⁵ señala que, aunque la ley no expresa cuáles son los fines de las medidas cautelares personales, se ha dicho a menudo que son dos: el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal. Asimismo, explica que tales fines son la esencia del fundamento de tales cautelares, porque en ningún caso, las cautelares personales pueden estar destinadas a cumplir las finalidades retributivas o preventivas generalmente asociadas a la pena; no pueden constituir una anticipación de la pena.

2. Marco jurídico del otorgamiento de medidas cautelares personales

2.1 La Constitución Política y los Tratados Internacionales

La Constitución, entre otras funciones, asegura una serie de derechos fundamentales¹²⁶ a todas las personas. Dentro de ellos es posible citar los más relevantes en la materia que nos concierne.

En primer lugar, el artículo 19 N° 7 dispone que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Y en consecuencia, conforme a la letra b) de dicha norma, nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes¹²⁷.

Por su parte, la letra e) agrega que la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad¹²⁸. Añadiendo que la ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

¹²⁴ PORTAL MANRUBIA, José, *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores*, (Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008), p.123.

¹²⁵ HORVITZ, María & LÓPEZ, Julián, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 108), pág. 346.

¹²⁶ Entendiéndolos materialmente con el carácter de elementos constitutivos del orden político. En ALDUNATE, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing, 2008), p. 47.

¹²⁷ Esta disposición es de aplicación general a toda forma de privación o restricción de libertad, como, por ejemplo, las penas, las medidas de seguridad, los apremios legítimos, etc. En OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), p. 109.

¹²⁸ Contraviniendo al sistema interamericano de derechos humanos donde sólo se considera legítima la prisión preventiva para asegurar que el acusado no obstaculizará el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Ver esta Memoria, Cap. I, F.

En segundo lugar, se encuentra el principio de legalidad de las medidas cautelares. Quiere decir que éstas se aplican solo en los casos y en la forma señaladas por la Constitución y las leyes. Oliver¹²⁹ comprueba que esta idea se extrae del artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”, y en el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone: “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

2.2 El Código Procesal Penal

Principios relevantes

En el mismo orden de ideas que el acápite anterior, el CPP consagra de igual manera, entre otros principios¹³⁰, el de legalidad en su artículo 5: “Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”.

Además, el inciso segundo de dicho artículo dispone que “Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”. Oliver explica que “consecuentemente, en aquellos casos en que surjan problemas interpretativos a propósito de otras disposiciones del Código que autoricen esta restricción de derechos, no podría tener lugar una interpretación extensiva”¹³¹.

Asimismo, también relevante para el objeto de esta memoria, es el principio de excepcionalidad, consagrado en el artículo 122 inc. 1º: “Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación”.

Eso significa que “no son medidas que necesariamente deban adoptarse dentro del procedimiento, sino que tienen un carácter eventual: deben decretarse sólo cuando resulten indispensables”¹³²; conjuntamente, conforme al principio de instrumentalidad, “ellas no constituyen un fin por sí mismo, sino que son instrumentales: están orientadas a la consecución de fines de carácter procesal”¹³³.

¹²⁹ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), pp. 108-109.

¹³⁰ Para ver una síntesis de todos los principios que intervienen en esta materia resulta provechoso revisar el OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), pp. 108 y ss. Más ampliamente están tratados en HORVITZ, María & LÓPEZ, Julián, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 108), pp. 530 y ss.

¹³¹ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), p. 109.

¹³² HORVITZ, María & LÓPEZ, Julián, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 108), p. 352.

¹³³ *Ídem*.

La prisión preventiva como núcleo de la regulación

En cuanto a las medidas cautelares personales en sí, existen fuera del Código Procesal Penal, en otras leyes, como ha identificado Oliver¹³⁴, medidas cautelares tales como: medidas de protección al ofendido por un delito contra la indemnidad sexual (art. 372 ter CP)¹³⁵; la retención de la licencia de conducir (art. 197 inc. 4° Ley N° 18.290, Ley del Tránsito); la internación provisoria del imputado adolescente (art. 32 Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes); las medidas de protección a la víctima de un delito constitutivo de violencia intrafamiliar (art. 15 Ley N° 20.066); el establecimiento de restricciones al régimen de visitas del imputado sujeto a prisión preventiva (art. 14 n° 2 Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas).

Sin embargo, por la relevancia y por constituir normas de aplicación común y general, cabe comenzar a explicar y centrarnos solamente en el funcionamiento de las medidas cautelares personales en el Código Procesal Penal. Estas son, específicamente, la prisión preventiva y aquellas dispuestas en el artículo 155 CPP.

A modo introductorio, el artículo 140 CPP establece los requisitos de procedencia de la prisión preventiva, los cuales son dos que constituyen el supuesto material y, finalmente, la necesidad de cautela. Por su parte, el artículo 155, de las otras medidas cautelares personales, hace una remisión al 140; por tanto, los requisitos de procedencia serían para estas cautelares los mismos que para la prisión preventiva.

Cabe señalar que, aunque el núcleo de la regulación de todas las medidas cautelares personales se encuentra en el artículo 140 CPP a propósito de la prisión preventiva, es imperativo reconocer que el Art. 139 CPP establece que “la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”. Esto implica que la prisión preventiva debiera ser una medida subsidiaria de *ultima ratio*.

¹³⁴ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), p. 114.

¹³⁵ A este respecto se ha discutido un problema en torno al art 372 ter del Código Penal, a propósito de los delitos sexuales, que dispone: “el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte, o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como (...)”. El problema es que el juez podría estimar cualquier cosa conveniente. o consiguiente que dice el artículo son solo ejemplos. Esto choca con el principio de legalidad. Por tanto, el precepto no cumpliría la exigencia constitucional de que la ley señale los casos y la forma en que el imputado será restringido en algún derecho. En definitiva, la disposición no es taxativa; segundo, esto puede ocurrir en cualquier momento (podría ser incluso antes de la formalización) y tercero, las medidas cautelares del CPP solo pueden decretarse a solicitud de parte, nunca de oficio, en cambio aquí se prevé que puedan decretarse de oficio. Además, tampoco requiere que esté presente el imputado en la audiencia que se debate.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *¿Aplicabilidad en el actual sistema procesal penal de las medidas cautelares personales especiales en materia de delitos contra la indemnidad sexual?*, en *Revista de Derecho* Vol. XXIX N° 1 (2016), pp. 257 – 274.

Requisitos de procedencia

En definitiva, Oliver¹³⁶ explica que para otorgar una medida se deben cumplir tres requisitos¹³⁷: 1) que se haya formalizado la investigación (arts. 140 y 230 inciso 2°); 2) que se solicite por el Ministerio Público o el querellante, de manera tal que no puede decretarse de oficio por el juez ni puede solicitarla la víctima que no se ha querellado y, 3) que se acredite el supuesto material y la necesidad de cautela (artículo 140).

i) El supuesto material

El supuesto material que debe acreditarse consiste en dos tipos de antecedentes existentes: a) antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; b) antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

Oliver¹³⁸ distingue dos aspectos que debe considerar el juez al evaluar la seriedad de aquellos. Un aspecto material, consistente en la cantidad y calidad de tales antecedentes, y un aspecto legal, que nos lleva a exigir que los antecedentes no hayan sido obtenidos con vulneración de garantías, porque no tiene sentido decretar una medida cautelar fundada en medios probatorios que serán excluidos en la audiencia de preparación de juicio oral a causa de su ilicitud¹³⁹.

En este mismo orden de ideas, debemos señalar que existe discusión¹⁴⁰ acerca del significado de la voz *delito* en la letra a) del artículo 140 CPP. Sin embargo, acogemos de inmediato la postura del profesor Oliver¹⁴¹, que defiende la idea de descifrar limitadamente la disposición en virtud de la concordancia con el artículo 5° CPP, que ordena interpretar restrictivamente las disposiciones que autorizan afectar derechos del imputado. Por tanto, debe entenderse el delito como conducta típica, antijurídica, culpable e incluso punible, porque no tiene sentido imponer la prisión preventiva a quien no va a ser sancionado, aunque se acredite el hecho

¹³⁶ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), pp. 131-132.

¹³⁷ Maturana y Montero, por su parte, dividen en 8 requisitos para otorgar prisión preventiva, los que describen con profundidad. Ver MATURANA MIQUEL, Cristián & MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho procesal penal*, Tomo I (Santiago, Legal Publishing, 2010), pp. 485-499.

¹³⁸ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), p. 132. También véase HERNÁNDEZ BASUALTO, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, en Colección de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, N°2 (2002), pp. 87-89. Similar, MIRANDA ESTRAMPES, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del más allá de toda duda razonable*, pp. 302-305.

¹³⁹ El artículo 276 inc. 3° CPP dispone que el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

¹⁴⁰ Hay quienes respaldan la idea de interpretar el vocablo delito solo como una alusión a un hecho típico, sin que interese examinar la antijuridicidad o culpabilidad. Otros lo entienden con un sentido técnico que involucra la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Ver NÚÑEZ VÁSQUEZ, *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, Tomo I, introducción al estudio del proceso penal (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003), p. 304. Para la segunda postura revisar HORVITZ, María & LÓPEZ, Julián, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 108), p. 304.

¹⁴¹ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), p. 133.

delictivo en el proceso judicial. Además, el Artículo 1° CP define delito como acción u omisión voluntaria *penada por la ley*, lo que permite incluir la punibilidad.

Luego, la calificación jurídica de los hechos y de la participación compete al juez y no al Ministerio Público. En la práctica, cuando el fiscal formaliza la investigación y pide medidas cautelares, suele mencionar una determinada calificación jurídica, pero no es ésta la que el juez considerará, sino la que estime pertinente en conformidad con los antecedentes suministrados¹⁴².

Finalmente, la norma exige acreditar que existan antecedentes, por lo que no cabe fundar la solicitud en presunciones. Es más, lo único que se presume es la inocencia del imputado, la cual requiere antecedentes que la desvirtúen. Sin perjuicio de esto, el juez podría fundar su resolución en indicios¹⁴³.

ii) La necesidad de cautela

La letra c) del artículo 140 CPP exige como requisito que debe acreditar el solicitante: “que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes”.

Tales cuatro supuestos conforman la necesidad de cautela, por lo que corresponde a continuación explicarlos individualmente¹⁴⁴.

En primer lugar, está la prisión preventiva como indispensable para el éxito de la investigación. El inciso segundo del artículo 140 CPP dispone que se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Esto se justifica, porque dentro de los fines propios del procedimiento está la investigación en orden a averiguar la verdad de los hechos¹⁴⁵. Sin embargo, Oliver¹⁴⁶ da cuenta de que la voz *especialmente*, incorporada por la Ley N° 20.074, satisface dos fines: por un lado, aclarar que las situaciones mencionadas no son las únicas en las que la investigación pelagra su éxito, y por otro, limitar la libertad de los jueces en la apreciación de estas circunstancias, para incentivarles a decretar la prisión preventiva en los casos señalados.

¹⁴² *Ídem*.

¹⁴³ *Ídem*.

¹⁴⁴ Nos ceñiremos a continuación, casi totalmente, según OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119) junto con MATURANA MIQUEL, Cristián & MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 137).

¹⁴⁵ MATURANA MIQUEL, Cristián & MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 137), p. 496.

¹⁴⁶ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), p. 134.

En segundo lugar, la norma contempla el peligro para la seguridad del ofendido. El inciso final del artículo 140 establece que tal riesgo se entenderá que concurre cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que el imputado realizará atentados en contra de la víctima, o en contra de su familia o de sus bienes.

En este caso “existe una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha de que el sujeto puede cometer nuevos delitos en contra de la víctima, su familia o sus bienes”¹⁴⁷. Para la doctrina mayoritaria este supuesto sería ilegítimo¹⁴⁸ pero hay un sector que señala que este supuesto permitiría la prevención del hecho objeto del proceso, por lo que sería un fin del procedimiento y la regulación podría considerarse legítima¹⁴⁹.

En tercer lugar, nos referiremos al peligro de fuga, contemplado en la letra c) del artículo 140, no habiendo más detalle normativo al respecto. Horvitz y López señalan que este supuesto tiende a asegurar la comparecencia del imputado para permitir el correcto establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal¹⁵⁰; persigue la finalidad de mantener la presencia del imputado en el proceso declarativo y asegurar su presencia a los efectos de la ejecución de la pena que en su caso se dictara¹⁵¹.

Si bien esta hipótesis no está contemplada en el artículo 19 n° 7 letra e) CPR, sí aparece consagrada en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, por lo que forma parte del bloque de constitucionalidad¹⁵².

En cuarto lugar, el supuesto más problemático: el peligro para la seguridad de la sociedad. La ley no explica qué significa, solo se limita –en el inciso tercero del art. 140 CPP– a señalar circunstancias que el tribunal deberá considerar, para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la sociedad.

Así pues, tales condiciones que señala la ley son: 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.

De la misma manera, el inciso cuarto del art. 140 dispone: “Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o cumpliendo alguna de las penas sustitutivas a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley”.

¹⁴⁷ MATURANA MIQUEL, Cristián & MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 137), p. 499.

¹⁴⁸ Cfr. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Las medidas cautelares personales en el nuevo CPP*, en *Revista de estudios de la justicia* N°1. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Año 2002.

¹⁴⁹ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), p. 135.

¹⁵⁰ Ver MAIER, Julio, *Derecho procesal penal argentino* (Buenos Aires, Hammurabi, 1989), p. 279.

¹⁵¹ Ver BARONA VILAR, Prisión provisional y medidas alternativas, (Barcelona, Librería Bosch, 1988), p. 20.

¹⁵² OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), p. 137.

Al igual que en el peligro para el éxito de la investigación, Oliver destaca que el fin buscado por el legislador con este inciso cuarto es limitar la libertad del juez en la apreciación de los supuestos de peligro para la seguridad de la sociedad, de manera que su discrecionalidad para ponderar los hechos parece ser menor. No obstante –añade el autor–, se trata de meros criterios referenciales, ya que, conforme a la Constitución, no pueden existir delitos inexcusables y es sólo el juez quien puede ordenar la prisión preventiva si le parece que ella es necesaria para la investigación o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. (Art. 19 N°7 letra e) CPR). En efecto, “la norma solamente es de carácter orientador y que el juez, de todas maneras, tiene todas las prerrogativas constitucionales para estimar si existe o no el peligro, y para acceder o denegar la prisión preventiva”¹⁵³.

Por último, reconociendo que no nos compete el estudio de la interpretación sobre la naturaleza del peligro para la seguridad de la sociedad¹⁵⁴, queremos señalar, en resumidas cuentas, que en algún momento tuvo doble significado: peligro de reiteración y peligro de fuga. Hoy solo se puede entender como un peligro de reiteración¹⁵⁵.

Sin embargo, también se ha entendido como una medida seguridad y no una cautelar, toda vez que se pierde el carácter cautelar de una prisión preventiva fundada en el peligro para la seguridad de la sociedad, porque no tiene por objeto el resguardo a los fines del procedimiento (elemento base de una medida cautelar). En otras palabras, si decimos que la medida cautelar se vincula con los fines del procedimiento, no podríamos decir que el peligro para la sociedad sea un fin de ellos. Por tanto, sería una medida cautelar por ficción, porque más bien parece ser una medida de seguridad consistente en la afectación de derechos impuesta a alguien que nos parece criminalmente peligroso.

Tramitación

Otro punto es que, en cuanto a la tramitación de estas medidas, el artículo 142 CPP dispone que la solicitud de prisión preventiva –y también de las cautelares del 155– podrá plantearse verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral. También podrán solicitarse por escrito en cualquier etapa de la investigación, respecto del imputado contra quien se hubiere formalizado ésta.

En estas circunstancias, sea que la solicitud de alguna cautelar personal se haga en una audiencia especial fijada para discutir su procedencia, o se añada su debate a otra de las

¹⁵³ Informe del diputado Bustos a la Cámara de Diputados. Legislatura 354, Sesión 83. Fecha 10 de Octubre, 2006. En MATURANA MIQUEL, Cristián & MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 137), Pág. 497.

¹⁵⁴ Sobre esta materia sugiero revisar: DUCE, Mauricio & RIEGO, Cristián, *Proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), pp. 256- 259; MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares personales en el nuevo código procesal penal Chileno*, en *Revista de estudios de la justicia* N°1, 2002, p. 38; MATURANA MIQUEL, *Prisión preventiva y Libertad Provisional Análisis desde una perspectiva procesal constitucional en relación con las realidades del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo*, en *Revista de derecho público*, vol. 64, 2002, p. 89-90. Además de la completa síntesis que ha realizado OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), pp. 135-138.

¹⁵⁵ Esto parece ser una incoherencia del sistema, porque presumimos inocente al imputado y, sin embargo, lo dejamos en prisión preventiva para que no vuelva a delinquir.

audiencias antedichas, quien solicita la medida debe exponer los fundamentos de ésta, debiendo luego el tribunal oír en todo caso al defensor, y a los demás intervinientes si estuvieren presentes y quisieren hacer uso de la palabra y, finalmente al imputado.

B. Estándar utilizado en la actualidad

1. Recopilación doctrinal

La ley nada dice acerca del estándar de convicción para otorgar medidas cautelares personales –a diferencia de lo que ocurre con la regulación de la sentencia definitiva–, por ello se desconoce cuál es el estándar aplicado.

A este respecto, Guillermo Oliver¹⁵⁶ ha recopilado las distintas opiniones doctrinales que buscan dar claridad ante el silencio de la ley respecto al estándar, señalando que “algunos sostienen que lo que se requiere es que los antecedentes permitan prever que se llevará adelante un juicio en el que la prueba será examinada detenidamente y valorada en la sentencia, juicio en el que habrá buena probabilidad de obtener una condena”¹⁵⁷.

Del mismo modo, agrega que “otros exigen que los antecedentes permitan obtener un elevado grado de convencimiento acerca de la existencia del delito y de la participación del imputado en él”¹⁵⁸.

Finalmente, “otros señalan, a partir de la constatación de que al aludir al delito la ley exige que los antecedentes lo justifiquen, en tanto que al referirse a la participación requiere que los antecedentes permitan presumirla fundadamente, que el estándar sería más elevado en lo concerniente al hecho que en lo relativo a la participación”¹⁵⁹.

2. Deducción del estándar utilizado

En otro orden de ideas, según las cifras aportadas por el Poder Judicial, de los 327.502 controles de detención celebrados el año 2015, en 52.116 se decretaron medidas cautelares, dentro de las cuales, 20.193 correspondieron a prisión preventiva acogidas frente a 2.815 rechazadas. Esto último se grafica de modo tal que, de las solicitudes de prisión preventiva, el 87,57% termina decretándose, mientras que el 12,43% se rechaza¹⁶⁰. Esto podría

¹⁵⁶ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), pp. 132-133.

¹⁵⁷ Ver en DUCE, Mauricio & RIEGO, Cristián, *Proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 252.

¹⁵⁸ Ver en CASTRO JOFRÉ, Javier, *Introducción al derecho procesal penal chileno*, 2ª edición, (Santiago, legal publishing, 2008), p.294.

¹⁵⁹ Ver en: HORVITZ, María & LÓPEZ, Julián, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 108), p.401; MATURANA MIQUEL, Cristián & MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 137), p. 372.

¹⁶⁰ Cifras obtenidas del Tablero Penal, herramienta sumada por el Poder Judicial que contiene información clasificada y desagregada de la labor jurisdiccional en materia penal, desde enero de 2010 a la fecha, la cual tiene por objeto transparentar la actividad de los tribunales y permite visualizar desde cualquier computador o dispositivo móvil, ingresos y términos de causas, clasificación por tipo, materia, duraciones de juicios, entre

permitirnos concluir que existe buena disposición de los jueces para decretar prisión preventiva y otras cautelares personales.

Pero, además, es posible deducir por nuestra parte cuál sería el estándar utilizado por el juez al tomar la decisión respectiva, entendiendo en primer lugar la tramitación y cómo se promueve la discusión de estas medidas.

Por ello, es necesario comentar que, en el plano pragmático, normalmente el debate se inicia con la solicitud del fiscal quien, luego de exponer los hechos que se le atribuyen al imputado, simplemente enumera y describe aquellos medios probatorios con los que cuenta hasta ese momento, sin comunicar el contenido de ellos.

Lo anterior es relevante para este estudio, por ello resulta pertinente reproducir con fines ilustrativos una solicitud de una medida cautelar:

“... A juicio del ministerio Público los hechos constituyen el delito de robo con intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en grado de ejecución consumado (...) La Fiscalía cuenta con los siguientes antecedentes que fundamentan esta imputación: i) Parte detenido N°297 y sus anexos de fecha 8 de marzo de 2008 confeccionado por Carabineros de la primera Comisaría de Casablanca, que da cuenta de los hechos y de la participación del imputado ii) Parte detenido N° 274 y sus anexos de fecha 19 de febrero de 2009, confeccionado por Carabineros de la Primera Comisaría de Casablanca, que da cuenta de los hechos. iii) Acta de reconocimiento de especies de fecha 19 de febrero de 2009. iv) Declaración del testigo David Sepúlveda Silva, prestada ante Carabineros de Casablanca el día 19 de febrero de 2009. v) Declaración de la víctima de fecha 19 de febrero de 2009, prestada ante Carabineros de Casablanca. vi) Set de 25 fotografías del sitio del suceso y de las especies sustraídas por el imputado desde la carnicería (...) tales antecedentes dan cuenta del acaecimiento de los hechos delictivos y la participación directa del imputado en ellos, siendo éste un peligro para la seguridad de la sociedad dado el carácter grave del delito que se le imputa, por lo que esta fiscalía solicita se decrete la prisión preventiva del imputado”.

La relevancia de una alegación como la ejemplificada, radica en que la simple enunciación de los antecedentes –que tienen por objeto convencer al juez de garantía sobre la ocurrencia del hecho, la participación del imputado en él y la necesidad de cautela existente–, no constituye prueba o rendición de prueba. Por tanto, el –hasta el momento desconocido– umbral de convicción acerca de los requisitos de procedencia se tendrá que alcanzar sin haber observado la prueba conforme al principio de inmediación.

En otras palabras, el tribunal usualmente no contará con el testigo mismo declarando su testimonio –cuando bien podría estar disponible–, ni con la víctima prestando declaración; ninguno de ellos podrá ser objeto de examen directo ni contraexamen; no se mostrarán otros medios probatorios. Pero, de todas formas, el juez alcanzará su convicción y decretará o no una medida cautelar.

otros. Disponible en:

<https://public.tableau.com/profile/poder.judicial#!/vizhome/TableroSistemaPenal/Story2> visitado el 1.12.2016.

Por su parte, la alegación que frecuentemente el defensor utiliza como respuesta a esta solicitud, apunta no a desacreditar los antecedentes que prueban el supuesto material, sino a argüir que la necesidad de cautela no se presenta, por lo que no sería procedente ninguna medida cautelar de carácter personal, o no una tan gravosa como la solicitada por el Ministerio Público.

Por lo anterior, Beltrán advierte que “de esta forma, la decisión que se adopte respecto al mismo sería sólo “*intime conviction*”, incontrolable por la vía de la corrección fáctica, es decir, no sería posible determinar si se ha superado o no el umbral mínimo de corroboración de la hipótesis enjuiciada”¹⁶¹.

Sin embargo, a diferencia de Beltrán, creemos que el estándar utilizado en la práctica es el que hemos llamado “sospecha razonable”, similar al del proceso de tutela de derechos fundamentales, porque precisamente se exigen antecedentes que se exhiben y valoran tan solo como indicios de la ocurrencia del hecho delictivo, de la participación del imputado y de la necesidad de cautela; la íntima convicción permitiría decretar una cautelar con escasos antecedentes. Además, podría existir una serie de medios probatorios para demostrar lo contrario, pero en esta etapa, como justamente no se rinde prueba y el proceso penal, en general, está en su primera fase, sería difícil contar con antecedentes contundentes que le hicieran el peso a aquellos alegados en la solicitud del Ministerio Público o del querellante.

C. Propuesta de estándares

1. Consideraciones preliminares

Si acaso fuera cierta la deducción anterior y el estándar utilizado efectivamente fuera el de “sospecha razonable” como respuesta al silencio de la ley en este punto, estaríamos en un escenario altamente lesivo de derechos como la presunción de inocencia y el debido proceso, facilitando enormemente la tarea de mantener personas en prisión sin condena, toda vez que tal estándar representa alta subjetividad del juzgador.

Por esto, ante el silencio de la legislación sobre un estándar de prueba objetivo como requisito de toda decisión, y más aun de decisiones sobre medidas cautelares, propondremos un sistema de convicción posible y objetivo.

Para entenderlo, es necesario hacer la distinción del supuesto material con la necesidad de cautela, toda vez que por la esencia de cada uno es posible acreditar de distinto modo su concurrencia como supuestos de una medida cautelar personal. En efecto, creemos que la convicción que debe alcanzarse sobre uno y otro supuesto no solamente puede, sino que también debe ser valorada de forma diferente.

Por tanto, para cada supuesto, proponemos un estándar de convicción distinto, sin perjuicio de que debe superarse simultáneamente para que, al momento de decisión se analicen los

¹⁶¹ BELTRÁN, Ramón, cit. (n. 15), p. 448.

supuestos como un todo, verificando la satisfacción de cada estándar. Esta propuesta traerá como resultado que, si se alcanza la convicción exigida sobre el supuesto material conforme al estándar de alta probabilidad, y a su vez no se adquiere un convencimiento más allá de toda duda razonable respecto a la necesidad de cautela, el juez deberá rechazar la solicitud de medida cautelar.

2. Estándar óptimo para el supuesto material

2.1 Por qué no la duda razonable ni la probabilidad prevalente

El supuesto material, conocido también como *fumus boni iuris*¹⁶² (humo de buen derecho), “significa la probabilidad de que el hecho punible haya tenido lugar y que el imputado haya intervenido en él”¹⁶³. Como hemos señalado con anterioridad, el artículo 140 inciso 1° exige que “el solicitante de la medida cautelar acredite que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare y que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en él como autor, cómplice o encubridor”¹⁶⁴.

Como hemos explicado anteriormente, en el contexto de solicitud, discusión y otorgamiento de medidas cautelares comúnmente no se produce o rinde prueba. Esta limitación en la tramitación impide que el juez alcance un grado de convicción acerca del supuesto material más allá de toda duda razonable. Más aun cuando “las partes aún no han hecho uso de forma plena de sus oportunidades de participación para convencer al juez”¹⁶⁵. En otras palabras, es imposible en virtud de la etapa procedimental en que nos encontramos, que opere la duda razonable como estándar de convicción en este escenario. A mayor abundamiento, podría decirse que para decidir conforme a dicho estándar es necesario un procedimiento más complejo, y que precisamente el Juicio Ordinario está destinado a satisfacer los requerimientos del estándar “más allá de toda duda razonable”.

Asimismo, Beltrán advierte que “sobre dicha estructuración fáctica no es posible precisar el umbral de la duda razonable. Ello, porque más allá de contar sólo con antecedentes de naturaleza indiciaria, aunque fundados, en estricto rigor no es posible predicar de ellos una certeza en ausencia de duda”¹⁶⁶.

Por el contrario, un estándar de convicción bajo permitiría restringir fácilmente la libertad de los imputados sin un juicio previo, manteniendo en prisión a personas sin una condena legal, por motivos no tan fundados. Piénsese, por ejemplo, en lo inaceptable que sería mantener a alguien en prisión por, sin haberse rendido prueba, existir la convicción íntima del juez de que el imputado cometió el delito; o que existe una sospecha de que el imputado es culpable; o incluso, haciendo uso de la prueba preponderante, afirmando que son más fuertes las

¹⁶² Según el profesor Guillermo Oliver, en la actualidad prefiere denominarse a este requisito con la expresión latina *fumus comissi delicti*. OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), pp. Pág. 113.

¹⁶³ *Ídem*.

¹⁶⁴ *Ídem*.

¹⁶⁵ MARIONI, Luiz; ARENHART, Sérgio Cruz. *La prueba*, (traducido por René Núñez Ávila, Santiago, Thomson Reuters, 2015), p. 61.

¹⁶⁶ BELTRÁN, Ramón, cit. (n. 15), p. 468.

pruebas de la culpabilidad que de la inocencia del imputado (esto es aún más infame cuando recordamos que en esta etapa, probablemente el imputado ninguna prueba tendrá a su favor).

Asimismo, desde la perspectiva de distribución de errores, un estándar tan poco elevado — aunque sea en sí mismo racional—, como la probabilidad prevalente, admite que exista una proporción de casos relativamente elevada en los que la probabilidad de que un hecho que sirve de fundamento para una decisión no sea verdadero es inferior a la probabilidad de que sí sea verdadero, aunque siga siendo significativa¹⁶⁷. Esto denota un problema particularmente evidente si se considera el caso límite en el que la probabilidad positiva del supuesto material es del 51%, mientras que la negativa (la probabilidad de error) es del 49%. En este caso el problema se expresa como la cantidad de errores que estamos dispuestos a tolerar en un determinado sistema, ante la exigencia contraria de no elevar excesivamente los estándares de prueba de los hechos para no hacer demasiado difícil o imposible la tutela de los derechos¹⁶⁸.

En suma, en cuanto a la convicción que se debe alcanzar respecto al supuesto material de la prisión preventiva como de las demás medidas cautelares personales, es adecuado concluir que el uso de un estándar muy elevado es imposible de alcanzar en los inicios del proceso penal y, por otro lado, la exigencia de un estándar inferior es inaceptable en un sistema protector de derechos fundamentales, porque toleraría expresamente las altas posibilidades de enviar a prisión erróneamente a sujetos que, en todo caso, deberíamos presumir inocentes.

2.2 Alta probabilidad de los hechos

Además de lo anteriormente dicho, y teniendo presentes los requisitos constitucionales y legales existentes para restringir a las personas su libertad¹⁶⁹, creemos que el sistema jurídico nos permite extraer una regla general consistente en que la privación de la libertad personal está habilitada bajo la condición de un debido y justo proceso que permita llegar a la convicción más allá de toda duda razonable de que al acusado le ha correspondido una participación en un hecho típico, antijurídico, de manera culpable y punible.

Por esto último, las medidas cautelares personales, al ser excepcionales en un proceso, deben interpretarse de la forma más congruente con dicha norma general. De modo que, si fuera posible, el estándar de convicción para el supuesto material en el otorgamiento de cautelares debiera ser el mismo exigido para la condena de una persona. Pero como es material y procedimentalmente imposible el uso de tan elevado grado de convicción, debe exigirse y utilizarse aquel estándar que más se le acerque, el cual corresponde al conocido como “prueba clara y convincente” o “alta probabilidad de los hechos”.

Así pues, consideramos al estándar de alta probabilidad el óptimo para verificar, sin un juicio, los requisitos del artículo 140 letra a) y b) del CPP. De esta manera, en la discusión sobre medidas cautelares, la convicción del juez debe alcanzar la suficiencia más alta posible, —teniendo conciencia de que no se podrá conseguir la convicción conforme a la duda

¹⁶⁷ TARUFFO, Michele, *Conocimiento*, cit. (n. 4), p. 1304

¹⁶⁸ *Ídem*.

¹⁶⁹ Sin perjuicio de comprender que los fines de una pena son distintos a los fines de una medida cautelar.

razonable o la certeza plena–, pero no tan baja como la prueba preponderante, convenciéndose de que los antecedentes de la ocurrencia del hecho y de la participación del imputado en él, son suficientes, aptos o completos para creer hondamente probable tales supuestos, pero advirtiéndolo, a su vez, que tanto el hecho o la participación en él podrían resultar falsos en una probabilidad considerablemente más baja.

En este sentido, “la justificación de antecedentes –más bien el peso de éstos– implica un elevado grado de convencimiento sobre la existencia de un delito y la participación en él del imputado, que no puede estar entregado a la mera discrecionalidad del sentenciador, sino, por el contrario, por los derechos involucrados, exige un mayor rigor estatal en la argumentación penal a costa de la libertad del sospechoso”¹⁷⁰. Además, creemos interpretarlo también como una alta probabilidad de que las afirmaciones probadas serán demostradas a través de las pruebas en un juicio eventual igual y altamente probable.

Finalmente, sobre este punto, es relevante para nuestra propuesta recalcar que, tanto los antecedentes que fundamentan la ocurrencia del hecho delictivo, como aquellos que asientan la participación del imputado, se refieren a hechos o situaciones acaecidas en coordenadas espacio–temporales remotas, porque es precisamente esto aquello que fundamenta nuestra posición de establecer estándares diferenciados para el supuesto material y para la necesidad de cautela.

Esto implica que tener que convencer con una alta probabilidad de que el supuesto material efectivamente sucedió importa aportar antecedentes indiciarios de situaciones que no podemos percibir actual o contingentemente. Y probar –sin etapa de prueba– hechos pretéritos, involucra la idea de reconstrucción de hechos pasados mediante antecedentes que “capaciten al juez a tener certeza sobre los eventos ocurridos y permitiéndole ejercer su función”.

3. Estándar óptimo para la necesidad de cautela

3.1 Por qué distinguir

La necesidad de cautela o *periculum in mora* (peligro en la demora) importa “la amenaza de que el imputado, durante el proceso penal, pueda frustrar los fines del procedimiento”¹⁷¹. Como hemos mencionado con anterioridad, está consagrada en el artículo 140 letra c) CPP, al requerir que “existan antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la medida cautelar es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga”¹⁷².

A diferencia de los pocos estudios que algo han dicho sobre estándares adecuados para el otorgamiento de la prisión preventiva, no han reparado en separar la necesidad de cautela

¹⁷⁰ BELTRÁN, Ramón, cit. (n. 15), p. 468.

¹⁷¹ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes*, cit. (n. 119), p. 113.

¹⁷² *Ídem*.

respecto del supuesto material, ni siquiera para fundamentar el mismo estándar. Se ha mirado este requisito como parte de un todo, y los estudios apuntan a dilucidar qué significado o qué naturaleza corresponde a cada hipótesis del artículo 140 letra c).

Lo que nos hace distinguir y justificar la existencia de un estándar propio, es que la necesidad de cautela dice relación con un peligro actual que tiene correspondencia con alguno de los supuestos previstos en la norma. Así como el supuesto material dice relación con la prueba de hechos pretéritos, la necesidad de cautela se refiere a un peligro palpitante y vigente que puede ser apreciado directamente por el juez, aún incluso fundada con base en los mismos antecedentes justificativos del supuesto material.

Aunque el artículo 140 en sus incisos 2° y siguientes CPP otorga criterios para saber cuándo concurren los requisitos de la letra c), es importante recordar que cada uno de ellos constituye un peligro, es decir, el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal¹⁷³.

Por otro lado, muchos males que se peligran pueden ser probados con antecedentes distintos a los que dicen relación con el supuesto material. Por ejemplo, el peligro de fuga del imputado por estafa puede probarse con documentos que verifiquen la operación de compra de pasajes aéreos al extranjero.

3.2 La duda razonable como estándar óptimo de la necesidad de cautela

Laudan¹⁷⁴ explica en su crítica que existen teorías deontologistas que fundamentan la exigencia del estándar más allá de toda duda razonable por considerar que el daño moral provocado por una errónea condena a un inocente es más atroz que aquel producido por una falsa absolución a un culpable y, por ende, el Estado tendría un deber de utilizar el más exigente y realista estándar dentro del conocimiento humano¹⁷⁵, porque ese estándar en particular representa lo máximo que puede hacer el sistema jurídico para proteger al acusado de una falsa condena¹⁷⁶. En suma, “el Estado justo debe hacer todo lo que esté a su alcance para evitar la falsa condena de una persona inocente y una parte clave de ese proceso implica adoptar un estándar de prueba que sea tan exigente como lo permitan los esfuerzos humanos”¹⁷⁷.

Si bien tales teorías podrían fundamentar nuestra propuesta, nos parece adecuada la posición de Laudan¹⁷⁸ de encontrarlas equivocadas, porque tal estándar no representa lo mejor que podemos hacer para proteger a los acusados inocentes de una condena si acaso fuera ese nuestro deber. Y más importante aún, se puede demostrar que no es nuestro deber hacer todo lo que sea humanamente posible para evitar las falsas condenas.

Esto se explica, porque se podrían utilizar estándares más elevados (como la certeza plena) o mecanismos más exigentes de convicción (como, por ejemplo, el aumento en el número de

¹⁷³ Definición RAE.

¹⁷⁴ LAUDAN, Larry, *La elemental*, cit. (n. 40), pp. 120-125.

¹⁷⁵ KITAI, R., *Protecting the Guilty*, *Buffalo Criminal Law Review*, 6 (2003), p. 1163.

¹⁷⁶ Dworkin, R., *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press (1997).

¹⁷⁷ LAUDAN, Larry, *La elemental*, cit. (n. 40), p. 124.

¹⁷⁸ *Ídem*.

juzgadores). Pero no se hace ninguna de esas cosas, porque “hacerlas impondría un costo inaceptable de falsas absoluciones, llevando a una situación en que virtualmente ningún acusado en un juicio penal sería condenado”¹⁷⁹.

Por ello, nosotros justificamos la duda razonable como estándar adecuado de la necesidad de cautela en virtud de que la legitimación de la privación de libertad en un sistema respetuoso de los derechos fundamentales es permitida solo bajo la condición de un debido proceso que, mediante el uso del estándar más allá de toda duda razonable, logre la convicción de la responsabilidad y culpabilidad de un imputado en un hecho delictivo y punible. De esta manera, las medidas cautelares personales debieran exigir acercarse del modo más minucioso posible a este estándar, y a diferencia del supuesto material, en que se hace irrealizable el uso de la duda razonable¹⁸⁰, en la necesidad de cautela es perfectamente viable su exigencia.

Al mismo tiempo, es imperativo tener presente que la intervención de un derecho fundamental, según Aldunate¹⁸¹, para que sea jurídicamente admisible, debe examinarse, en primer lugar, si tiene un fundamento jurídico (habilitación constitucional o legal); luego, la presencia de un interés público en la intervención, o bien la finalidad prevista por el ordenamiento y, finalmente, la proporcionalidad en sentido amplio, en sus tres elementos constitutivos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En efecto, la medida cautelar evaluada desde la óptica de la necesidad de cautela, debe ser idónea y necesaria en relación con el peligro que se pretende resguardar. Y la única manera de verificar esta proporcionalidad es teniendo un alto grado de certeza acerca de la concurrencia de la necesidad cautelar. De lo contrario, resulta intolerable enviar a prisión o someter a otra cautelar a alguien justificando que la medida cautelar es necesaria y proporcional en virtud de un peligro del cual no estamos tan seguros si realmente existe como tal¹⁸².

En este sentido resulta necesario precisar un punto relevante: la convicción más allá de toda duda razonable debe alcanzarse respecto de la existencia de un peligro contemplado en la ley, con independencia de la menor o mayor probabilidad de que, tal mal futuro, se concrete. En ningún caso queremos proponer que se debe considerar, más allá de toda duda razonable, que se concretará futuramente el peligro. Esto último se acercaría a una exigencia de predicción exacta del futuro racionalmente imposible, y además nos llevaría al complejo escenario de nunca poder someter a nadie a una medida cautelar personal.

Definitivamente, el juez deberá estar muy seguro –conforme al estándar propuesto– de que, por ejemplo, existe un peligro de fuga para poder conceder una medida cautelar personal. Será un problema diferente ponderar cuán probable es que, efectivamente, el imputado se fugue en el futuro. Esto último, permitirá decidir cuál cautelar será idónea.

¹⁷⁹ *Ídem*.

¹⁸⁰ En virtud de lo que expusimos con anterioridad en Capítulo II, C, 2.1.

¹⁸¹ ALDUNATE, Eduardo, cit. (n. 126), pp. 226-227.

¹⁸² Cuestión diferente es el problema de cuán probable resulta la verificación del riesgo en el futuro. De esto nos referiremos a continuación.

Así pues, utilizando el mismo ejemplo, el juez podrá estimar, a la luz de los antecedentes alegados, que es poco probable la fuga, por lo que podría llegar a conceder solo el arraigo nacional o, por el contrario, si estimara altamente probable la ocurrencia de tal amenaza, podría decretar la prisión preventiva. Pero, siempre y en todo caso, la certeza sobre la necesidad de cautela debe ser conforme a la duda razonable, resultando, finalmente, que el juez tendrá una convicción más allá de toda duda razonable de que efectivamente hay un peligro de fuga, y sobre cuán probable es que se realice.

Esta variación del grado de riesgo, que permite decidir la medida cautelar más idónea, no ocurre respecto de los antecedentes que acrediten el supuesto material. De este modo, si los antecedentes sobre el hecho delictivo y la participación del imputado en aquel no son suficientes para justificar la prisión preventiva, tampoco lo serán para justificar, por sí solos, otra medida cautelar menos gravosa.

Por tanto, consideramos que para decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar personal, el razonamiento del juez debe consistir en que más allá de toda duda razonable ha logrado la convicción de que existe un peligro cautelar determinado. Es, en definitiva, la duda razonable aquel estándar racional y, de todas maneras, posible, que se corresponde con un sistema respetuoso de los derechos humanos –especialmente de la libertad personal– en el contexto de privación de libertad de las personas.

Esto significa que la valoración de cada supuesto debe ser estricta. Así, en el caso del peligro para la seguridad de ofendido, la sospecha debe ser grave y fundada. No basta, por lo tanto, con una mera suposición del fiscal; debe demostrar por qué motivo cree que el imputado va a obstaculizar la investigación y la manera como ello podría ocurrir.¹⁸³

En el caso del peligro de fuga, los antecedentes que se utilicen para solicitar esta medida deben ser capaces de convencer al juez, más allá de toda duda razonable, de que la libertad del imputado, sin restricciones, no solamente facilitaría la incomparecencia del imputado, sino también que tal incomparecencia es altamente probable¹⁸⁴.

De igual forma, el peligro para la seguridad del ofendido debe acreditarse con antecedentes calificados, no bastando simplemente una presunción de peligrosidad criminal en atención al delito investigado. Es decir, por ejemplo, en un delito de lesiones graves, no sería suficiente para formar la convicción el solo hecho de haber sido la víctima agredida y herida por el imputado para decretar la prisión preventiva, sino también hacerse de otros antecedentes, como, por ejemplo, unos que acrediten amenazas posteriores verosímiles a la víctima.

En último lugar, el peligro para la seguridad de la sociedad, sea que se entienda solo como peligro de reiteración o, incluso además, como una medida de seguridad en atención a la peligrosidad criminal, también debería el juez convencerse de dicho riesgo conforme al

¹⁸³ MATURANA MIQUEL, Cristián & MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 137), p. 497.

¹⁸⁴ No hay que confundir con el estándar de alta probabilidad. Una cosa es la certeza a propósito de la probable incomparecencia, y otra cuestión distinta es la probabilidad misma de darse a la fuga.

estándar de la duda razonable. De manera tal que la peligrosidad malhechora o la probabilidad de reiteración delictiva deben constarle al juez más allá de toda duda razonable.

4. Síntesis de la propuesta

La aplicación o adopción de nuestro planteamiento implicará que, ante una solicitud de medida cautelar, el juez deberá llevar a cabo dos operaciones. Una primera consistente en la valoración de los antecedentes del supuesto material y de la necesidad de cautela individualmente, conforme a los diferentes estándares propuestos para cada cual. En efecto, conforme al estándar de alta probabilidad, deberá ponderar los antecedentes del delito como los antecedentes de la participación del imputado en aquel y, conforme al estándar “más allá de toda duda razonable”, convencerse acerca del peligro respectivo que justifica la necesidad de cautela y del grado de probabilidad del mismo.

La segunda maniobra será evaluar los requisitos de las letras a), b) y c) del artículo 140 como un todo, para posteriormente decidir. Esto significa que deberá confirmar positivamente su convicción en relación con el estándar exigido a todos y cada uno de los requisitos correspondientes, para finalmente decidir decretar una cautelar. Este momento de decisión implica que, si al menos uno solo de los requisitos de la norma no logra superar el umbral de convencimiento, deberá rechazar necesariamente la solicitud de medida cautelar.

En cuanto a cómo entender el estándar de manera objetiva en cada caso, creemos que cualquiera de los modelos no-subjetivos identificados por Laudan¹⁸⁵ podrían ser aplicables a cada requisito de las medidas cautelares en conformidad con el estándar que hemos asignado respectivamente:

a) “Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo”.

b) “Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo”¹⁸⁶.

c) “Resuelva si los hechos establecidos por la acusación refutan cualquier hipótesis aun ligeramente razonable que usted puede pensar respecto de la inocencia del acusado. Si ellos lo hacen, usted debe condenarlo. De otro modo, usted debe absolver”.

Esto concluye con la idea de que “la convicción judicial, correctamente entendida, no es "un estado anímico de certeza", un movimiento del alma, ni un estado psicológico, sino el

¹⁸⁵ LAUDAN, Larry, *Por qué*, cit. (n. 63), pp. 107-108.

¹⁸⁶ Laudan identifica este esquema, tomando las indicaciones de algunas de las interesantes propuestas de ALLEN, Ron, *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*, 88 Nw. L. Rev. 604 (1994) Y del mismo autor *Constitutional Adjudication, the Demands of Knowledge and Epistemological Modesty*, 88 Nw. U. L. Rev. 436 (1993).

resultado de un estado de conocimiento, que debe alcanzarse mediante un proceso racional, contradictorio y autocontrolado de obtención y valoración de datos”¹⁸⁷.

Por otro lado, cabe señalar que la libertad del juez para determinar los hechos del caso, conforme a lo cual decidirá en un momento posterior, está limitada por las reglas generales de la racionalidad y la lógica. Es más, puede entenderse que ésta es su única limitación, también jurídica. De ese modo, la determinación de los hechos probados realizada contra las reglas de la lógica o, en general, de la racionalidad supondría infracción de ley. Basta interpretar las reglas que establecen la libre valoración de la prueba de forma que ordenen la valoración mediante la utilización de la racionalidad general.¹⁸⁸

Todo lo anterior implica que la resolución que decreta una medida cautelar personal, la cual tiene el deber de ser fundada (artículos 143 y 36 del CPP), deberá dar cuenta del proceso intelectual, racional y lógico de decisión del juez en relación con los requisitos del artículo 140 CPP y la superación del estándar de prueba respectivo.

Esto significa que el juez deberá explicar cómo cada uno de los antecedentes alegados logró superar el umbral de cada estándar de decisión contemplado para cada requisito. Deberá explicitar cómo llegó a considerar altamente probable la ocurrencia del hecho delictivo y la participación del imputado en aquel, así como también exponer racionalmente cómo se convenció más allá de toda duda razonable acerca de la necesidad de cautela existente y del grado de probabilidad de ocurrencia del peligro respectivo.

Las consecuencias de esto radican en el mayor control sobre la decisión del juez, de modo tal que, de no cumplir con la fundamentación en los términos propuestos, se podrían hallar argumentos fuertes para justificar el recurso de apelación en los casos en que procede.

Por último, si esta propuesta en un futuro llegara a tener acogida y evolucionara a modo tal de convertirse el estándar de convicción en una garantía judicial del proceso penal, ante la omisión del uso de los estándares en este momento o de su fundamentación en la resolución que decreta una medida cautelar, podría alegarse la nulidad procesal o incluso fundamentar un recurso de nulidad.

¹⁸⁷ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Sobre*, cit. (n. 37), p. 19.

¹⁸⁸ FERRER, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2005), p. 43.

CONCLUSIONES

- 1) Los estándares de convicción, como aquellos umbrales de suficiencia de convencimiento, permiten al juez determinar cuándo se justifica aceptar o rechazar una proposición fáctica para luego adoptar una decisión. Aunque no siempre están explícitamente ordenados por la ley, deben conocerse con anticipación al procedimiento respectivo como una garantía de certeza judicial.
- 2) Aunque normalmente son conocidos como estándares de prueba, en cuanto a pautas de decisión sobre los hechos, bien pueden ser utilizados en procedimientos donde no hay etapa probatoria en sentido estricto. Por ello, es ventajoso cambiar la terminología y referirnos a estándares de convicción o decisión.
- 3) Existe una serie de estándares de decisión –varios de ellos recogidos en nuestra legislación–, más o menos exigentes, en cuanto al grado de convicción y en cuanto a la mayor o menor aceptación sobre la posibilidad de error. Si bien la mayoría de la doctrina defiende aquellos más elevados, todos logran adoptar un sentido de justicia cuando se les estudia en su contexto histórico y a la luz de los fines propios, de búsqueda de la verdad y protección de derechos, que cada uno de los distintos procesos y sus etapas asumen.
- 4) Hay una relación inversamente proporcional entre el grado de convicción y la posibilidad de error. En efecto, cuanto más elevada es la exigencia de convicción, menor es la probabilidad del error, entendido como la errada decisión de limitar derechos a personas inocentes o no hacerlo respecto a los culpables.
- 5) El sistema chileno de medidas cautelares, en cuanto a la necesidad de cautela, no se condice totalmente con el sistema internacional de protección de derechos humanos, toda vez que los tratados internacionales a este respecto no consideran justificada la prisión preventiva por razones de resguardar la seguridad de la sociedad o del ofendido.
- 6) Confirmamos que los estándares de convicción o decisión en cuanto tales no han sido objeto del basto desarrollo que detentan otras cuestiones jurídicas en el Derecho. Los textos que hay sobre el tema, en su mayoría se limitan al análisis de “la duda razonable” y de la “prueba preponderante”. Peor aún, los estándares de decisión para resolver cuestiones previas al fallo final y, especialmente, sobre el otorgamiento de medidas cautelares personales, no se han estudiado en detalle y casi nada se ha escrito. Las pocas referencias a este último tema no han ahondado después de proclamar que el grado de convicción debiera ser aquí menos exigente que el estándar de condena.
- 7) No hay claridad respecto del estándar que opera actualmente en el otorgamiento de medidas cautelares personales en el proceso penal. Se ha dicho que es la íntima convicción, pero creemos que sería la sospecha razonable.
- 8) La duda al término del proceso penal opera en favor del imputado, es decir, ante la duda con carácter de razonable es imperativo absolver. Sin embargo, en las etapas previas del proceso penal, parece que la duda opera en contra del reo, porque es precisamente –en la

actualidad– por la sola sospecha de participación en un hecho delictivo, que permite una incerteza superior que aquella permitida en la decisión de condena o absolución final, que se decretan medidas cautelares personales.

9) Los pocos textos que tratan la materia de estándares en las cautelares –incluso el informe de la CIDH– solamente proponen o identifican un estándar de convencimiento acerca del supuesto material y se han olvidado de que la necesidad de cautela también requiere un grado de convicción.

10) Al proponer un sistema de estándares de convicción para el otorgamiento de medidas cautelares personales, consideramos necesario identificar la diferencia entre el supuesto material y la necesidad de cautela para exigirle a cada uno un estándar de decisión. En definitiva, el supuesto material siempre se referirá a demostrar, con los respectivos antecedentes, sucesos del pasado relacionados con el hecho delictivo y la participación del imputado. La necesidad de cautela, por el contrario, se refiere a una situación actual, a un peligro presente, y puede demostrarse con antecedentes diferentes de aquellos que prueban el primer requisito.

11) Debe alcanzarse el más alto estándar racionalmente posible para poder privar o restringir legítimamente un derecho fundamental como la libertad personal.

12) El más elevado estándar posible para acreditar los requisitos a) y b) del art. 140 CPP no puede ser otro que la alta probabilidad. Porque la etapa del proceso en que se discute una medida cautelar, por lo general, es inicial y, además de los pocos antecedentes con que se cuentan, no hay una debida etapa de prueba que permita al juez alcanzar la certeza del supuesto material en virtud de un estándar superior.

13) Por el contrario, la necesidad de cautela permite exigir una convicción más allá de toda duda razonable sobre la existencia del respectivo peligro que prevé la ley. Porque se trata de una situación distinta al hecho delictivo, al ser actual permite acreditarse con otros antecedentes.

14) No hay que confundir la convicción acerca de la existencia del peligro con una convicción sobre el acaecimiento futuro del siniestro. En efecto, no necesariamente debe haber un convencimiento sobre la ocurrencia futura de algún riesgo establecido en la letra c) del art. 140 CPP, sino que la convicción debe ser solo respecto de la pregunta sobre si existe o no el peligro respectivo. Un proceso diferente será aquel mediante el cual se llegará a la seguridad del grado del riesgo.

15) La certeza más allá de toda duda razonable sobre la existencia del riesgo autorizará la decisión de decretar o no una medida cautelar personal. Mientras que la certeza sobre la menor o mayor probabilidad de ocurrencia del peligro llevará al juez a determinar cuál medida cautelar conceder.

16) Evaluados los requisitos de procedencia de las medidas cautelares personales, el juez deberá valorarlos individualmente, según el estándar propuesto a cada cual, para luego proceder a verificar si respecto de todos se ha alcanzado la convicción individualmente exigida, así, finalmente, poder decretar una medida cautelar. Si tan solo respecto un supuesto de procedencia no logra –el juez– su convencimiento, deberá rechazar la solicitud.

17) La discusión sobre los estándares de convicción “no es un debate de solo normas, pues se está debatiendo acerca de la libertad o encierro de una persona de carne y hueso en concreto”¹⁸⁹, la cual presumimos inocente y debemos obligatoriamente tratarla y juzgarla como tal. Por esta razón, propusimos un sistema de estándares para el otorgamiento de medidas cautelares personales bastante exigente.

18) Creemos que la legislación debiera definir objetiva y expresamente estándares de decisión para etapas anteriores a la resolución final de los procesos, especialmente aquellas donde se deciden providencias que restringen o resguardan derechos fundamentales del imputado.

19) Los estándares de decisión deben ser conocidos previamente, y deben, además, constituirse como una garantía judicial del proceso penal y como un derecho fundamental perteneciente al debido proceso.

20) Día a día somos testigos de cómo los Juzgados de Garantía envían fácilmente a prisión preventiva a los imputados que pasan por sus salas de audiencias. Mayor todavía es el número de otras medidas cautelares personales menos gravosas que se decretan. Por ello, creemos que una de las tantas causas es la ausencia de altos estándares de decisión claros, objetivos y explícitos en la ley para operar en este contexto.

21) La simplicidad con que se otorgan cautelares puede ser explicada desde una mirada diferente, como la que propone Nieva al dar cuenta de que los jueces se ven influenciados por la sociedad y otros elementos diferentes a los propios del proceso penal. En efecto, esta facilidad para no tratar como inocentes a quienes paradójicamente presumimos como tales, no es solo un problema normativo, político criminal o jurisprudencial, sino un problema de fondo de nuestra sociedad en su completitud:

“tal parece que no hubiéramos sido educados para creer en la inocencia, como parte de nuestra debida instrucción como ciudadanos honestos. La realidad social, perfectamente palpable por cualquiera, es que cualquier persona, por defecto, sospecha negativamente, como si una especie de perversión del atávico instinto de supervivencia le condujera a estar constantemente en un estado de alerta que, llevado hasta el extremo, es poco menos que una paranoia. Por defecto, casi nadie tiene por inocente a una persona que es tachada, prácticamente por quien sea –no solo por jueces o policía–, de sospechosa. Hemos sido instruidos para no matar, no lesionar y no robar, pero parece como si nos hubieran enseñado a pensar por sistema que todo sospechoso ha matado, ha lesionado o ha robado. Resulta ciertamente contradictorio, pero esta realidad sociológica es la que lleva a poner en cuestión,

¹⁸⁹ MATURANA MIQUEL, Cristián & MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho*, Tomo I, cit. (n. 137), p. 499.

tantas veces, la presunción de inocencia, dado que es especialmente sencillo hacer pasar dolosamente a alguien por sospechoso, precisamente por la creencia popular derivada quizás de nuestra educación, de la que he venido hablando”¹⁹⁰.

¹⁹⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda*, cit. (n. 20), p. 16–17.

BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela, *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, en *RDPUCV XXXVII* (2011), pp. 483 – 511.

ACCATINO, Daniela, *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*, en ACCATINO, Daniela (Coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Santiago, Legal Publishing, 2010).

ACCATINO, Daniela, *Forma y Sustancia en el Razonamiento Probatorio. El Alcance del Control sobre la Valoración de la Prueba a través del Recurso de Nulidad Penal*, en *RDPUCV N° 32* (2009), pp. 347 – 362.

ALDUNATE, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing, 2008).

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)* disponible online: www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/valor_inmediacion.doc. Visitado el 10.12.2016.

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Valoración de la prueba en el proceso penal*, Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos (Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador).

BELTRÁN, Ramón, *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*, en *Polít. Crim.* Vol. 7, N° 14 (2012), Art. 6, pp. 454 – 479.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Lima, Editorial Ara, 2006).

CARNEVALI RODRIGUEZ, Raul, *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*, en *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N° 2 (2011), pp. 77 – 118.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH, Informe N° 86/09 de 6 de agosto de 2009.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CIDH, Informe N° 12/96 de 1° de marzo de 1996.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva*, en *RDPUCV XXXIV*, Valparaíso, (2010), pp. 349 – 383.

DUCE, Mauricio & RIEGO, Cristián, *Proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

FERNADEZ LOPEZ, Mercedes, *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*, disponible online:

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/2907/3/valoracion_pruebas_personales.pdf
visitado el 10.12.2016.

FERRAJOLI LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal* (Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta, 1995).

FERRER, Jordi, *Estándares de prueba en el proceso penal español*, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* N° 15 (2007).

FERRER, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2005).

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, (2005) pp. 127 – 139.

GIORGIO, Alejandro María, *Medidas de Coerción. La prisión preventiva* (Buenos Aires, Editorial Dunken, 2015).

HAACK, Susan, *El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica*, en VÁSQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013), pp. 65 – 95.

Historia de la Ley N° 19.696 Establece Código Procesal Penal, 12 de octubre, 2000, disponible online:

<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf> visitado el 1.09.2016.

HORVITZ, María & LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Chileno, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

HORVITZ, María & LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Chileno, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

LARROUCAU TORRES, Jorge, *Hacia un estándar de prueba civil*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 3 (2012), pp. 783 – 808.

LAUDAN, Larry, *La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal*, en VÁSQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013).

LAUDAN, Larry, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 28 (2005). pp. 95 – 113.

MAIER, Julio, *Derecho procesal penal argentino* (Buenos Aires, Hammurabi, 1989).

MARIONI, Luiz; ARENHART, Sérgio Cruz. *La prueba*, (traducido por René Núñez Ávila, Santiago, Thomson Reuters, 2015).

MATURANA MIQUEL, Cristián & MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho procesal penal*, Tomo I (Santiago, Legal Publishing, 2010).

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho procesal penal*, Tomo II, (Santiago, Legal Publishing, 2010).

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria y la libre valoración de las pruebas en el proceso penal*, (Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997). Disponible online: <http://vlex.com/vid/concepto-prueba-procesal-285254> visitado el 12.11.2016.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal* (Madrid, Marcial Pons, 2013).

NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba* (Madrid, Marcial Pons, 2010).

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *¿Aplicabilidad en el actual sistema procesal penal de las medidas cautelares personales especiales en materia de delitos contra la indemnidad sexual?*, en *Revista de Derecho* Vol. XXIX - N° 1 (2016), pp. 257 – 274.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Apuntes de Derecho Procesal Penal I* (Valparaíso, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2015).

PARDO, Michael, *Estándares de prueba y teoría de la prueba*, en VÁSQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013), pp. 99 -117.

PORTAL MANRUBIA, José, *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores*, (Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008).

RIEGO, Cristián. *Nuevo estándar de convicción*, Informe de investigación N°17, año 5 (2003), Centro de investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

ROMERO SEGUEL, Alejandro *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, segunda edición. (Santiago, Legal Publishing, 2014).

ROMERO SEGUEL, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012).

SANDOVAL REYES, Sem. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo Y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, *Práctica de la prueba en el Juicio Oral. Su valoración y el estándar del "más allá de toda duda razonable"*, en *Revista de derecho* (Coquimbo), vol. 20, N° 2 (2013), pp. 491-496. Disponible online: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200022>. Visitado el 10.12.2016.

Sentencia Bareto Leiva vs. Estado de Venezuela, 17 de noviembre de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tablero Penal. Disponible en:
<https://public.tableau.com/profile/poder.judicial#!/vizhome/TableroSistemaPenal/Story2>
visitado el 1.12.2016.

TARUFFO, Michele, *Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado; N° 114 (2005), pp. 1285 – 1312.

TARUFFO, Michele, *La prueba, artículos y conferencias*, Monografías jurídicas universitarias (Santiago, Editorial Metropolitana, 2009).

TRONCOSO, Max, *La prisión preventiva a la luz de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, disponible online: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-prision-preventiva-a-la-luz-de-la-convencion-interamericana-sobre-derechos-humanos-cadh>. Visitado el 10.12.2016.

VÁSQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica (Buenos Aires, Marcial Pons, 2013).