

APROXIMACIÓN A UN ESTUDIO SOBRE LOS FINES DEL PROCESO Y LA "VERDAD"

*Approach to a study on the purpose
of the process and the "truth"*

Francisco Alberto Ruay Sáez*
Universidad de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo estudiar la posible relación existente entre fines del proceso y el concepto de "verdad". Para ello se exponen las posiciones doctrinarias ideológicas, denominadas "garantismo procesal" y "publicismo procesal", respectivamente. Se propone, por otra parte, una nueva posibilidad de lectura de la relación en estudio que pueda implicar una propuesta diferente, en términos epistemológicos y filosóficos, para lo cual resultan útiles planteamientos teóricos contemporáneos, como los desarrollados por Derrida o Walter Benjamín. En este sentido, se propone que una lectura contemporánea de la dicotomía expuesta debe superar la relación que la filosofía moderna estableció entre verdad y representación.

PALABRAS CLAVE: garantismo procesal, verdad procesal, función jurisdiccional, publicismo

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante *ad honorem* de los Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de Ciencias Penales en la Universidad de Chile. Correo electrónico: <fruaysaez@gmail.com>.

Artículo recibido el 17 de octubre de 2016 y aceptado para publicación el 30 de enero de 2017.

ABSTRACT: *The present article aims to study the possible relationship between the purposes of the process and the concept of "truth". In order to do this, the ideological doctrinal positions denominated "procedural guarantee" and "procedural publicism", respectively, are exposed. It is proposed, on the other hand, a new possibility of reading the relationship in study that may imply a different proposal in epistemological and philosophical terms, for which contemporary theoretical approaches such as those developed by Derrida or Walter Benjamin are useful. In this sense, it is proposed that a contemporary reading of the dichotomy exposed must overcome the relationship that modern philosophy established between truth and representation.*

KEYWORDS: *procedural garantism, procedural truth, jurisdictional function, publicism*

INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho moderno ha institucionalizado una forma de resolución de conflictos intersubjetivos de intereses, ejecutable por la fuerza, que ha monopolizado, bajo la pretensión de erradicar el ejercicio de la violencia entre privados. En ese sentido, incluso antes que la determinación de las posibles finalidades políticas o económicas que el Estado ha de definir en el ejercicio del poder soberano, es necesario verificar el hecho indiscutible que ha organizado y dispuesto ante los ciudadanos un aparato precisamente para satisfacer sus pretensiones.

Luego de constatar la existencia de un "Poder Judicial", consistente en aquel órgano que se encargará del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado,¹ siendo pertinente volver la atención hacia las delimitaciones en que el poder soberano será ejercido en el cumplimiento de dicha función y, en último término, hacia cuál será, efectivamente, la finalidad que ha de cumplir el órgano en comento.

Determinada la presencia de una organización o despacho del Estado que se encargue del ejercicio de la función jurisdiccional, cabe realizar una pregunta que trasciende una noción de técnica jurídica científica, abriendo lugar a una discusión que, muchas veces, ha quedado postergada ante las

¹ ATRIA (2005) pp. 119-141 y BORDALÍ (2008) pp. 187-195.

pretensiones académicas supuestamente imparciales, y que es el sitio de la discusión política² en la determinación de cierta técnica jurídica que, en todo caso, es adecuada a una ideología en concreto.

No es necesario hacerse parte de una simplificación exacerbada que se da entre la relación Política y Derecho³ para percatarse de que, al menos, una determinada noción sobre el proceso judicial ha de presuponer una concepción del Estado y de la persona humana; de la relación entre particulares, poder soberano y ejercicio de dicho poder. Es en ese contexto en donde aparece el análisis de la función jurisdiccional del Estado, como figura insigne que permite entrelazar posiciones filosóficas, axiológicas y políticas, sobre los fines del ejercicio de una potestad estatal, su relación con los particulares y la determinación de sus contornos o límites.

En materia procesal, recientemente⁴ ha tomado protagonismo la discusión sobre el posicionamiento ideológico con que se ha de enfrentar la disciplina y, en particular, la actividad jurisdiccional desplegada por el Estado. Por una parte, se ha asociado una concepción de corte reactivo o de raigambre liberal a la doctrina que ha tomado por nombre “garantismo procesal”, mientras que por otro, una tendencia que propende situar en un lugar de mayor importancia la actividad del Estado, como agente de realización de políticas públicas, cuya tarea no se agota en la resolución del conflicto que se ha llevado a estrados, sino que le trasciende, y ubica en su horizonte a la justicia y la verdad.

La relación entre los fines del proceso y la verdad ha sido abordada por dos corrientes doctrinarias como lo son el garantismo procesal y el publicismo procesal, y por lo mismo, la metodología de estudio de la presente investigación ha consistido en la revisión del estado de la cuestión en relación con dichas doctrinas, para con posterioridad evaluar si existe alguna opción filosófica o epistemológica que permitiese establecer un nuevo estatuto de análisis del problema, para lo cual, fundamentalmente, se recurrirá a los planteamientos derridianos.

² MELERO (2003) pp. 235-263.

³ Conforme a ésta podríamos llegar a afirmar que toda opinión jurídica es de manera inmediata y simultánea opinión netamente política. Con dicho tránsito discursivo nos situaríamos en una posición analítica en la cual perdería sentido la diferenciación entre política y cualquier otra dimensión de intervención social, u eventual objeto de análisis. Se incurriría en la paradoja de que cualquier conflicto podría traducirse en la clave ideológica que se pretenda idónea (economía, filosofía, política, Derecho, etc.).

⁴ MONTELEONE (2006).

En las siguientes líneas se pretende exponer, de manera sintética, una serie de elementos que permiten distinguir ambas concepciones del proceso, a fin de que dicha presentación sirva, a modo de introducción, a la discusión contemporánea planteada entre garantistas, por una parte, y publicistas o activistas, por otra.

I. EL PROCESO Y SU FINALIDAD

1. *Garantismo y Publicismo procesal; o sobre la posibilidad de una discusión ideológica jurídica.*

Al momento de afrontar la positivización normativa que materializará la función jurisdiccional en la dinámica de un proceso, podría pensarse que la elección entre diferentes formas regulatorias de éste, y de manera más precisa, la alternativa entre diversos sistemas procesales, no obedecería a ninguna posición ideológico-política, sino que –más bien– se trataría de una opción meramente técnica entre alternativas igualmente “justas”,⁵ frente a las cuales cualquier grupo de expertos medianamente calificados podría tomar una decisión relativamente indiferente. Se circunscribiría a ser una de aquellas decisiones que han sido denominadas “científico objetivas”. Sin embargo, aquella posición doctrinaria no pasa de ser una mascarada retórica que afecta a todo el trasfondo filosófico-político⁶ en que se sustenta una determinada concepción del proceso y sus fines posibles, y obviamente, las funciones del Estado determinadas por la concepción particular que se tenga al respecto, traducibles bajo los conceptos de Estado reactivo o Estado activista, en términos de Mirjan Damaska⁷, por ejemplo.

⁵ Así se ha mostrado hacia el público el desarrollo de las últimas reformas procesales, tanto en el área Penal, como en la Laboral y Civil. En ese sentido, PALAVECINOS (2011a) p. 14, afirma que: “[un] rasgo común a todas las reformas procesales chilenas es que su diseño ha quedado entregado, al menos en un primer momento, a una suerte de clubes o cenáculos académicos –los denominados “foros para la reforma”–, lo cual ha generado la apariencia de que toda discusión relevante sobre la forma de articular los cambios se debe plantear y resolver, siempre, por los expertos dentro de la estrecha y exclusiva morada de lo técnico”.

⁶ “Esto no es una cosa técnica, si el tercero sí o no es una cosa técnica, si preclusión sí o preclusión no es una cosa técnica; pero si el juez puede sí o no eso no es técnico, es puramente político, es la ideología política del legislador que está plasmando una norma jurídica [...] y la ideología es buena, si no es Autoritarismo”. ALVARADO (2001) p. 9.

⁷ DAMASKA (2000) pp. 125 y ss.

Desde ya, y antes de cualquier suspicacia, es necesario señalar que la presente investigación pretende exponer fundamentalmente las divergencias teórico-políticas fundamentales de las doctrinas en comento, que a nuestro parecer se enfrentan irreconciliablemente. Por una parte, el garantismo procesal, portador de una concepción actualmente coherente con lo prescrito en nuestra Carta Fundamental, el principio de juridicidad⁸ y los diversos instrumentos internacionales que consagran la libertad y la primacía de la persona humana individual frente al Estado, siendo también coherente con una lectura crítica del ejercicio de las potestades estatales jurisdiccionales y, en general, de las nociones de verdad, justicia (portadora de un carácter eminentemente aporético⁹) y otras de similar indeterminación, o a lo menos brumosas. Por otro lado, encontramos lo que se denomina como “publicismo procesal”; siendo una doctrina que alza su voz, precisamente, sustentada en los ideales de la justicia, la desformalización de la verdad, la equidad y de la labor del juez como agente crucial en la repartición de bienes (de justicia), a fin de lograr una redistribución lo suficientemente justa, como para satisfacer prescripciones axiológicas superiores, incluso al ordenamiento jurídico mismo, a la ley democráticamente dictada y la voz del pueblo soberano a través de los diversos textos normativos.

A fin de anticipar los diversos modelos hermenéuticos que se desplegarán en las líneas que siguen, es preciso señalar que se ha considerado que el garantismo procesal modela un bastión de lucha en contra del autoritarismo y el ejercicio desmedido de poderes artificiales, como lo son aquellos practicados por los funcionarios que ejercen la jurisdicción. El garantismo procesal es una instancia de defensa de la libertad ante el ejercicio de un poder que se vuelve desmedido cuando su único límite o estándar de actuación se circunscribe a la propia creencia de lo “justo”, lo “bueno” u otro concepto similar, aun por sobre lo ordenado soberanamente por el pueblo a través de la ley.

En razón a lo expuesto recientemente se pretenden exponer algunas nociones fundamentales para aproximarse a la discusión entre publicismo y garantismo procesal, exponiendo en modo dialéctico la relación contradictoria entre ambas posiciones ideológico-jurídicas.

La relevancia de cada una de estas posiciones ideológicas estriba en que desde cada una de ellas, su comprensión de la función jurisdiccional, y de la finalidad y naturaleza del Estado al fin y al cabo, han de irradiar posteriormente la interpretación de cada una de las normas procedimentales

⁸ SOTO (1996) p. 24 y RUAY (2013) pp. 167-179.

⁹ DERRIDA (1997) p. 39.

(procesales) que materializarán el proceso en la dinámica propia de su realización concreta, ante un conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica determinado. Así, una posición que pretenda imponer desde el inicio una alta confianza en el poder, y en los agentes que ejercen las funciones del Estado, sin duda será más laxa en la interpretación de cada una de las posturas que se terminan por otorgar a cada agente que ejerza la función jurisdiccional del Estado, pues se tiene plena confianza en que dicha persona, dotada de autoridad, hará efectivo "lo justo", "lo bueno", "lo que corresponde en equidad". Sin embargo, hay una postura crítica, asumida desde sus cimientos, con respecto de los conocimientos, o del "saber" mismo, o del lugar y rol de "la verdad" en el discurso jurídico (y en cualquier discurso en general), la cual irremediablemente esta por interpretar sistemáticamente las normas de atribución potestativa en una clave eminentemente libertaria, en donde la persona individual, su dignidad y libertad han de ser el interés de resguardo primordial, antes que el otorgamiento de potestades exorbitantes a un tercero (que simultáneamente posee el monopolio de la violencia o fuerza) a quien se le encomienda la realización de bienes abstractos e indeterminados como lo son la verdad o la justicia.

2. Sobre la finalidad del proceso

Se comenzará por abordar el que pareciese ser el mayor punto de discrepancia entre el garantismo y el publicismo procesal: la determinación de los fines del proceso. Es útil comenzar por esta vía, ya que las diferencias teóricas que enfrentaran a ambas corrientes/doctrinas derivan, en su mayoría, de esta discrepancia fundamental.

Por un lado, quienes adhieren al garantismo procesal señalan que el Proceso sería esencialmente *"un método pacífico de debate dialogal y argumentativo [en donde] la razón de ser del [mismo] es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz"*; ¹⁰ o, de manera más detallada, expresan a través de la voz de Alvarado Velloso, rostro ilustre de la doctrina Garantista en Latinoamérica y el mundo, que se trata de un *"medio pacífico de debate mediante el cual los antagonistas dialogan para lograr la solución -mediante resolución de la autoridad- de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad para mantener en ella un estado de paz"*. ¹¹

¹⁰ ALVARADO (2010) pp. 63 y 64.

¹¹ ALVARADO (2009) p. 37.

El Proceso es entendido esencialmente como un método dialéctico de solución de conflictos intersubjetivos; tan solo eso, ni más, ni menos. Se trata de la disposición a los particulares de un medio de solución hetero-compositivo, en el cual el Estado actúa como garante del debate dialogal, con la finalidad de resguardar la paz y el orden social, y en el fondo, con la finalidad de cooptar estructural e institucionalmente el uso de la violencia entre privados para que la solución sea coercible, mas, no meramente coactiva; la fuerza legitimada monopolizada por el Estado se pone a disposición de las partes a través del instrumento procesal, mas no puede pretender a su vez instrumentalizar a los usuarios del mismo.

En consecuencia, y de acuerdo a lo señalado por el profesor Omar Benabentos, “[e]l proceso tiene una doble misión: a) Satisfacer las pretensiones jurídicas que esgrimen los litigantes en la contienda, es decir, atender al interés ‘privado’ de los litigantes, y b) Suprimir el estado de conflicto, buscando la pacificación social por medios civilizados (interés público)”.¹²

Por su parte, en cambio, quienes adhieren a una posición doctrinal que ha dado en denominarse activismo judicial, o quienes pregonan la publicización del proceso sostienen que “el proceso es un instrumento o herramienta para la realización del Derecho de fondo, donde el juez (principal actor en este sistema) debe velar por la búsqueda de la verdad objetiva material”.¹³ Desde ya es posible percibir que la relación entre verdad y proceso se vuelve un aspecto fundamental a la hora de analizar y develar los alcances de la función jurisdiccional, que no se agota sino hasta sumársele al eje trídico que otorgaría legitimación externa y social a su discurso, como es el relato de la “justicia”. Una de las consecuencias inmediatas derivadas del núcleo fundamental de esta doctrina se encuentra en el rol epistemológico que cumpliría el proceso¹⁴, y en ese sentido, en la finalidad de la actividad probatoria, desplegada tanto por las partes como por el propio juzgador. En ese mismo contexto se ha señalado que “[l]a prueba debe ser considerada como medio a través del cual el Derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial”.¹⁵

Tal como se señala previamente, el proceso bajo dicha concepción cumple un rol eminentemente epistemológico, orientado hacia la consecución de

¹² BENABENTOS (2001) p. 42.

¹³ GODOY (2008).

¹⁴ REYES (2012) pp. 226-230.

¹⁵ NÚÑEZ (2008) p. 207.

un fin trascendente bifurcado y necesariamente implicado:¹⁶ la búsqueda de la verdad y la justicia.

Autores como Picó y Junoy, por ejemplo, afirman al respecto que “[l]a ‘justicia’ como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea ‘justo’, el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin”.¹⁷

Como aparece en este primer acercamiento, es evidente que la diferente concepción sobre los fines del proceso conlleva una comprensión absolutamente diversa sobre la posición y función del juez, de las partes (e incluso acerca de la modalidad y rol de la actividad probatoria desplegada en juicio), y hasta una comprensión del fenómeno procesal en su integridad, diferenciando al efecto, por ejemplo, una teoría de cargas procesales tradicionales en la teoría de la situación jurídica de Goldschmidt¹⁸, para enfrentarla a visiones trádicas que encuentran propiamente una relación jurídica en términos estrictos, constituida (y susceptible de constitución) de derechos y obligaciones mutuas (o hasta deberes).¹⁹

La anterior diferencia se materializa en la identificación de dos sistemas procesales absolutamente diversos, cada uno definido centralmente en torno al sujeto a quien correspondería llevar el impulso procesal²⁰, y luego, en torno a los poderes que se le atribuirían o reconocerían al juez para satisfacer el fin del Proceso en cada caso. Pero no solo aquello, sino que cada uno con una larga historia propia, y con raíces de fácil identificación historiográfica e ideológica: por un lado, y coherentemente con la vertiente activista del proceso, se encuentra al sistema inquisitivo de enjuiciamiento, vinculado íntimamente a la tradición indagatoria²¹; por el otro, es posible reconocer el sistema dispositivo o acusatorio, vinculado al liberalismo.

¹⁶ Bajo la idea de que la verdad, de por sí, traerá o implicará justicia.

¹⁷ PICÓ (2012) p. 110.

¹⁸ GOLDSCHMIDT (1936).

¹⁹ CARRETA (2008), CIFUENTES (2011), HUNTER (2008) y LORETO (1935).

²⁰ “Habitualmente se dice en la doctrina generalizada que, para determinar a quién corresponde dar ese impulso, se han generado en la historia del derecho dos grandes sistemas de procesamiento: el dispositivo y el inquisitivo”. ALVARADO (2006) p. 2.

²¹ FOUCAULT (2015) pp. 59-87.

En el primer caso, quienes sostienen dicha postura han señalado que hemos de tratar bajo esa perspectiva con *“jueces [que] se encuentran hondamente preocupados por distribuir el pan de la justicia”*²², y que por lo tanto conciben al proceso básicamente como método viable y legítimo para la *“implementación de políticas”*²³ consideradas subjetivamente como *“justas”*; ideas propias de un Estado interventor y activista.

Del otro lado, se encuentra a los adherentes a un sistema dispositivo o acusatorio. Se ha definido éste señalando que *“[e]s un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida”*.²⁴

El publicismo procesal, en otra de sus facetas, comparte el ánimo de reconocer un conjunto de valores objetivos en la Constitución, que llamarían a todo el cuerpo social, particulares y Estado, jueces y legislador, a cumplir con su mandato justiciero, y en consecuencia sería posible incluso sostener que existe una fuerza directamente vinculante de la Constitución (corriente cercana a lo que se ha denominado recientemente como *“neo-constitucionalismo”*). El juez se encuentra empoderado no tan solo a fin de resolver conflictos intersubjetivos, sino ante todo para resguardar y realizar los valores contenidos en la Constitución, sea tanto entre Estado y particulares, como entre los mismos particulares, a través de la aplicación de la denominada doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En la dirección antes expuesta, el profesor Peyrano, en una particular visión sobre los alcances normativos de la Constitución, citando a Bidart Campos señala que *“[p]ara el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia, sino más bien un estímulo [...] ‘el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley, o contra la ley’”*.²⁵ Tal vez hasta aquí debiese llegar la exposición, nada más elocuente y sincero se podría presentar por sobre aquella afirmación.

²² PEYRANO (2009A).

²³ *“El proceso judicial en un Estado auténticamente activista se organiza en torno a la idea central de la investigación oficial y está dedicado a la implementación de una política de Estado”*. DAMASKA (2000) p. 253.

²⁴ ALVARADO (2010) pp. 70 y 71.

²⁵ PEYRANO (2009b) p. 6.

Desde una lectura del proceso conforme a la ideología publicista, ésta sería una vía legítima a través de la cual es posible realizar o desplegar en concreto esos valores superiores y objetivos contenidos en la Constitución. En una determinada lectura constitucional, dicha eficacia directa de la norma suprema puede vincularse con la democracia, sin embargo, creo que se pierde dicho horizonte si los avales de garantías han difuminado su presencia y diluido su sustancialidad, volviéndose casi imposible obtener certeza alguna de sus predicaciones y pronunciamientos formales, y asentando más la incerteza, el autoritarismo y la arbitrariedad, antes que la supuesta meta democrática.

A través de la vinculación entre “neo constitucionalismo” y “activismo judicial”, la cual no se abordará en detalle en esta exposición, cada juez tendría no solo la posibilidad, sino el deber constitucional (o más bien, moral justiciero) de actuar y decidir la justicia en el caso concreto, más allá de lo que la propia ley señale y prescriba, siempre y cuando suponga o esté convencido subjetivamente que de esa forma la meta será alcanzada. Ahora bien, ¿cuándo se alcanza dicha meta?, ¿cómo poder establecer que se está ante una decisión justa, de manera absoluta, y no meramente relativa, en donde la justicia haya sido definida de manera *ad hoc* por el juez? Una decisión concreta adoptada por un juez, o en general por cualquier otro particular, no puede ser calificada de justa o injusta de manera absoluta en el contexto de un Estado democrático de Derecho, en donde en todo caso debe primar el pluralismo y la diversidad sustantiva, antes que la imposición autoritaria de la moral subjetiva de los jueces, o de cualquier otro agente estatal empoderado. La imposibilidad de decir “lo justo” no implica necesariamente un acto de renuncia absoluta a la prudencia judicial, sin embargo, es imposible de alcanzar un resultado unánimemente justo, lo que conlleva precisamente a restringir, antes que abrir, los poderes de terceros y del Estado, sobre nosotros, antes de entregar cláusulas abiertas que pretenden ser justificadas racionalmente o, a lo menos, desde una moral que no tiene razón de ser compartida.

Menos razonable aún se torna si es posible incluso pensar la democracia no solo como única posibilidad de realidad y realización efectiva de la tolerancia y el pluralismo, sino precisamente, porque puede predicarse de ésta que opera como dictadura²⁶, y que el Estado juez participaría como agente en coautoría.

²⁶ PÉREZ (2015).

II. LA VERDAD EN EL PROCESO

Tal vez una de las ideas fundamentales que permite diferenciar de mejor manera las dos doctrinas anteriormente expuestas, es la que versa sobre la posibilidad de alcanzar la Verdad en el proceso (cualquiera sea el adjetivo que acompañe a ésta, sea formal, material o de otro tipo).²⁷ Por lo mismo, en el texto que se da a continuación, sin pretender efectuar un análisis acabado y de cierre sobre la materia, se expondrán los lineamientos generales que permiten distinguir ambas doctrinas sobre las que versa esta investigación.

1. Desde el activismo judicial

En primer lugar, se efectuará una somera mención de la visión epistemológica del proceso, vinculada mayormente en su esencia con la doctrina publicista. Para poder pensar en la viabilidad de dicha meta ilusoria, al menos debe aceptarse un supuesto filosófico, no propiamente jurídico, y para nada pacífico por cierto, sobre la configuración de lo real, lo existente y lo cognoscible. Dicho supuesto es el siguiente: existe una relación constitutiva exterior e independiente entre el sujeto y el objeto de conocimiento, y desde allí surge la posibilidad de pensar en la realidad o en la efectividad de un mundo externo independiente del sujeto que la percibe; y desde luego, la facultad de éste para conocer dicha exterioridad o acceder a la misma. La justicia se imbricaría íntimamente con la verdad, en tanto la posibilidad de conocer la verdad de los hechos (su verdad como “la verdad”, sin parámetro de comparación, pues en sí mismo se volvería autosuficiente), suponiendo la posibilidad de adoptar (y calificar por cierto) una decisión considerable como justa o injusta, adecuada o inadecuada.

Cuando un sujeto cualquiera predica de determinado acto que éste es “justo”, se debe presumir que lo hace a lo menos bajo la convicción subjetiva de que es “verdaderamente justo”; no “probablemente justo” o “casi justo”, sino lo justo para el caso concreto. Por lo mismo, si se cree que la función del proceso es alcanzar la Justicia (en realidad cabría señalar simplemente “lo justo” del caso concreto), a secas, necesariamente esa búsqueda lleva

²⁷ Así TARUFFO (2009a) p. 28, señala: “El tema del conocimiento de los hechos en el proceso me lleva a hacer algunas consideraciones sobre la verdad judicial de los hechos [...] yo también soy de la opinión de que el proceso no es un contexto en el que se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles [...] por el contrario, el proceso es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular”.

aparejada la de la verdad (a lo menos la de la verdad de lo justo). Luego, tal como se señala con anterioridad, todo lo enunciado debe situarse como fundamento filosófico-cognoscitivo de la concepción procesal en comento, pues solo así se podría predicar coherentemente la eventual justicia o injusticia de una determinada decisión judicial²⁸, con la plena autoridad que otorga un discurso fundamentado en la verdad misma.

Entre autores que expliciten la relación interna entre verdad y justicia, el profesor Andrés Bordalí, para reafirmar la idea de que la jurisdicción es sobretodo instrumento de justicia (expresión de Giovanni Verde), y abordando su relación con la Verdad señala que, *"sólo cuando los jueces son capaces de acercarse al máximo a la verdad sobre los hechos que circundan a las afirmaciones de las partes en el proceso, se hace posible [...] hacer 'justicia' en una sociedad democrática organizada como Estado de Derecho [...] [Sin embargo], esta afirmación no pretende ocultar que acercarse a la verdad de los hechos enunciados por las partes es a veces muy complejo y difícil"*.²⁹

El discurso de la verdad, en un plano ontológico, enlaza con la dimensión epistemológica del proceso, y ha permitido que se afirme que *"[l]a decisión judicial debe abordar con claridad los diversos problemas epistémicos que conlleva todo el proceso. El primero de ellos es el conocimiento del hecho jurídico [...] la congruencia entre lo representado y lo realmente ocurrido le da solvencia al juez para resolver con argumentos válidos"*.³⁰ Estas palabras muestran claramente la relevancia de las consideraciones y aclaraciones epistemológicas para el activismo procesal, con el fin de aparecer como una teoría coherente y útil en la práctica. No es pensable el proceso, desde dicha ideología, si no se presume desde un inicio que es posible alcanzar la verdad como representación o reconstrucción histórica.³¹ Alguna dimensión de "la verdad" se encuentra llamada a escena en la actuación oficial del juez en el

²⁸ Así lo considera TARUFFO (2010) p. 142, al señalar que: "la determinación de la verdad de los hechos constituye una condición necesaria de la justicia de la decisión". También, en TARUFFO (2009a) pp. 96-97, al señalar que: "Una condición necesaria para la justicia de la decisión es que se averigüe la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si aplica normas a hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de forma errónea".

²⁹ BORDALÍ (2007) p. 193.

³⁰ RAMÍREZ (2007) p. 176.

³¹ BORDALÍ (2007) p. 194, al respecto señala: "los jueces civiles hacen algo más que dirimir conflictos. Los jueces reconstruyen hechos históricos a fin de que puedan concretarse los mandatos jurídicos abstractos y generales".

proceso, y aquella enraíza su legitimación, por vía teleológica, en cuanto a la idea de justicia.

Se ha señalado por el profesor Peyrano, de forma un poco confusa, que aunque en principio lo deseable es alcanzar la verdad en el proceso (única vía que guiará a una resolución efectivamente justa), aquello no es posible de realizar de manera plena *“porque el hallazgo de la verdad en el terreno del juicio civil depende de la prueba a rendirse y el acierto en su ofrecimiento y la diligencia en su producción dependen del accionar de las partes”*.³² Tras estas afirmaciones Peyrano pareciera aceptar plenamente la idea de que incluso si fuese posible alcanzar la Verdad de algún enunciado cualquiera, el proceso no es un lugar idóneo para su búsqueda. Por lo mismo, el juez debería limitarse a fallar solo con base en los materiales probatorios que las partes presenten en juicio. Sin embargo, más adelante pareciera reconsiderar su posición en pro de la búsqueda de la Verdad. Así señala que: *“El magistrado civil no es un investigador a todo trance de la verdad, no lo es ni puede serlo. Su cometido, en cambio, es procurar aproximarse limitada y selectivamente a la verdad. Limitadamente porque el ofrecimiento y la producción de la prueba (de la cual depende la obtención de la verdad), están condicionados al accionar de las partes y porque, también, la tarea del Oficio posee límites técnicos infranqueables que ni tan siquiera pueden ser salvados por el uso de medidas para mejor proveer; y es selectivo porque es impensable e imposible que un tribunal (por lo menos en Argentina) en cualquier supuesto se deba empeñar en conseguir la versión fáctica ‘verdadera’*.³³

Verdades formales, en la medida de lo posible, verdades a medias, verdades procesales, tantos lenguajes para la verdad son convidados a esta danza retórica y verborreica desplegada por el activismo judicial, que la discusión sobre las condiciones de posibilidad de su discurso han sido postergadas, y aquello ha traído como consecuencia la imposibilidad de proyectar un diálogo profuso y acabado sobre estas materias en donde se entronca la teoría del Derecho y la filosofía (en un sentido amplio, no como filosofía jurídica). Esperando en otro lugar un espacio de despliegue para la discusión, que sin duda requiere un espacio de investigación propio.

Desde esta perspectiva, la jurisdicción devino veridicción³⁴ en el desarrollo histórico moderno del poder jurisdiccional, y en realidad es el acto

³² PEYRANO (2008) p. 1.

³³ Ídem., p. 2.

³⁴ *“Palabra de verdad y palabra de justicia, veridicción y jurisdicción: creo que estas son dos formas fundamentales de la actividad de hablar, dos formas fundamentales cuyas*

de autoridad un acto siempre constitutivo, o más bien realizativo de poder, sobre los particulares, pero no porque exista correspondencia con un acontecimiento o evento precedente, sino porque el acto de poder es simultáneamente jurisdicción y veridicción, y no deja lugar a dudas en relación a que lo enunciado como “justo” es verídico, por definición.

2. Críticas a la concepción publicista. Las posibilidades del garantismo procesal

El garantismo procesal, en tanto a una ideología estructural del proceso, no necesita poner como fundamento presupuestos teóricos y filosóficos tan aventurados como los visitados por el activismo judicial, éstos con el fin de edificar una comprensión coherente de un Derecho Procesal respetuoso de las libertades y garantías individuales. Desde el garantismo procesal, la idea de que el proceso cumple un rol epistemológico orientado a la reconstrucción histórica de hechos pretéritos ante un espectador objetivo (como sería el juez), no parece contundente desde un punto de vista filosófico y práctico, ni para justificar por sí mismo la existencia del proceso, ni para definir fines últimos al mismo (y en último caso, exteriores a éste). Dichas incursiones epistemológicas guían a una discusión fútil e inabarcable, superada ampliamente por la filosofía (en general, y en particular, la filosofía de las ciencias),³⁵ en la cual en último término se encontraría dispuesto un discurso legitimador para la actuación del poder, un poder del Estado Juez sobre los particulares.

Por otra parte, es posible presentar una crítica de la visión publicística del proceso que es coherente con sus propios presupuestos³⁶, y que consiste en la idea fundamental de que aunque se pretenda buscar la verdad en el proceso (sea cual sea el “apellido” asignado), dicha tarea se encuentra limitada, en primer lugar, por el tiempo de duración del mismo, ya que los conflictos intersubjetivos de intereses de relevancia jurídica deben ser resueltos en un tiempo determinado y razonable. La transitoriedad del proceso es

relaciones han sido, sin duda, uno de los problemas más difíciles, más enigmáticos que la especie humana y las sociedades humanas hayan tenido que tratar. Cómo decir la verdad y decir lo justo a la vez; cómo la palabra de verdad puede ser el fundamento de la palabra de justicia; en qué sentido, en qué medida la palabra de justicia, la jurisdicción, necesita la veridicción. Me parece que este es uno de los grandes problemas que ha atravesado toda la historia de nuestras sociedades”. FOUCAULT (2014) p. 38.

³⁵ FEYERABEND (1975) p. 7 y PÉREZ (2008) pp. 15 y ss.

³⁶ Por ejemplo, sobre la dicotómica relación entre la necesidad de alcanzar justicia y verdad, frente a la celeridad requerida por los justiciables, y por la esencial temporalidad de los procesos.

de su esencia³⁷, y por lo mismo, se trata de un principio procesal en sentido estricto. Luego, si lo que se pretende buscar es la Verdad, lo natural sería que no hubiese límite de tiempo para llevar a cabo la tarea de su búsqueda, ya que dejar una investigación inacabada podría dar cabida a la resolución de conflictos intersubjetivos sobre hechos eventualmente falsos, o a lo menos, no coincidentes, ni por cercanía, con la verdad. Aquí un primer llamado de alerta, ¿cómo sería posible evaluar o criticar el resultado del juicio aplicado por el Estado Juez a un caso concreto, con un estándar de veracidad, si previamente no se encuentra ya constituida la imagen de comparación?, ¿es posible (válido) decir que se ha encontrado ese desconocido objetivo (la verdad) que se proyectó indeterminadamente en una indagación contingente e indeterminada?, ¿qué es lo que efectivamente encuentra quien indaga, sino la sola legitimación de su propia respuesta preconcebida, un retorno a sus principios, o siquiera, sería pensable un acontecimiento diverso que se puede presentar como completamente nuevo?, y ¿aún en tal caso, podría predicarse de ese acontecimiento que ha sido “encontrado”?

Desde otro punto de vista, es imposible afirmar de manera concluyente y certera (o verídica, si se me permite la expresión, en el sentido de un predicamento tal contenga en sí su veracidad respecto de un objeto de referencia) que el juez, en relación a las partes, esté en una posición mejorada para el desvelamiento (o retorno) de la verdad, si es que fuese posible reconstruir acabadamente algún hecho ya ocurrido, y que en virtud de tal posición, por ejemplo, le sea posible decretar pruebas³⁸ oficiosas. Esto aun cuando se asuma que sería posible tener acceso a alguna clase de verdad.

La metáfora espacial que se suele utilizar desde el activismo judicial en relación con la Verdad, no es, por cierto, muy afortunada. Afirmar que un sujeto procura aproximarse en la máxima medida posible a un objetivo cualquiera (en este caso ni más ni menos que la verdad) implica lógicamente, como mínimo requisito, saber dónde se encuentra el objetivo en cuestión. No tiene sentido afirmar que me acerco a “algo” sin previamente saber qué es ese algo, y eventualmente dónde se encuentra. Así, situando la discusión, por ejemplo: decretar medidas para mejor resolver, justificando que por esa vía se estaría aproximando en alguna medida a la Verdad, sin conocerla

³⁷ ALVARADO (2011) p. 194.

³⁸ “¿Quién o qué cosa asegura que las pruebas dispuestas de oficio por el juez (tercero por definición, y por tanto persona ajena a los hechos concretos deducidos en juicio) sean más idóneas que aquellas propuestas por las partes (sujetos que, por el contrario, son los artífices de esos hechos) para llegar a una correcta y precisa determinación de los hechos?”. MONTELEONE (2006) p. 181.

previamente, no es más que enmascarar el uso de facultades judiciales exorbitantes con la finalidad de que el juez se auto-convenza, o pueda convencer de mejor manera al auditorio, de algo que previamente ya ha decidido.³⁹

Las críticas a la posibilidad de “alcanzar la verdad” en el proceso (e incluso fuera de él) son variadas, y no es el propósito central de esta investigación desarrollar una propuesta ontológica, o siquiera epistemológica acabada, que pretenda decidir el problema de manera categórica, sin perjuicio de que aquella intuición puede encontrar una vía separada de estudio.

La consecuencia razonable que queremos plantear y derivar de la imposibilidad de alcanzar la Verdad (sea cual sea el “apellido” que se le asigne) bajo una concepción moderna del Derecho, en donde hasta la supuesta función epistemológica de la misma se encuentra imbuida de una tradición filosófico-cientificista, exteriorizante y objetivante, y en donde la jurisdicción es concebida como un ejercicio tradicional de potestad estatal artificial, es que éste no puede encontrar su finalidad y fundamento en dicha argumentación retórica, y menos aún puede autorizar al poder estatal para la restricción de libertades que en sus propios términos ha definido como garantías de los particulares. He ahí, a mi entender, la esencia de la concepción garantista del proceso, y por lo mismo, lo que corresponde es interpretar la finalidad de éste de manera inclusiva y plural, conforme a una sociedad que se auto declara democrática y se dice respetuosa de las libertades individuales. En este sentido, la persona humana debe ser el centro de preocupación de los intereses del Estado, en sus más variadas manifestaciones, y en ningún caso debe instrumentalizarse a los particulares bajo pretextos de un fin superior inalcanzable, impronunciable y no representable. Lo que sucede en este caso es que se ha utilizado retóricamente el valor compartido que la sociedad moderna otorga a la Verdad, y la imagen de respeto y legitimación (según las más variadas ideologías) que proyecta, para alcanzar fines que se presentan como objetivos (desprovistos de intereses particulares e ideológicos) y dados, cuando su realidad efectiva es que son completamente subjetivos, parciales e interesados, y por lo mismo se requiere su necesaria limitación y contención.

El garantismo procesal permite mantener cierta distancia del discurso epistemológico jurídico (o procesal, para ser más preciso). Tal como señala Engel, exponiendo el pensamiento de Rorty, *“la verdad no es ni una norma ni un fin último. No puede ser una norma en el sentido de regular la investigación, porque no se la puede conocer, ni puede ser un fin último, en tanto,*

³⁹ Una crítica similar a propósito del conocimiento científico, en general, en PÉREZ (2008a) p. 57.

no es un valor intrínseco, aunque pueda tener un valor instrumental. Por lo tanto invocar la verdad no sirve para nada, sea en ciencia, en filosofía, en ética o en política".⁴⁰ En ese sentido, es posible acoger uno de los aspectos de la idea rortiana de dejar atrás (o por lo menos entre paréntesis) las discusiones sobre la verdad a propósito de materias de relevancia práctica (pragmatismo), y qué mejor ejemplo para aquello que la determinación judicial de las libertades por parte de los agentes estatales que han sido encomendados para el desarrollo de dicha tarea. La retórica de la verdad, y la vuelta a la función jurisdiccional como una función de veridicción⁴¹, no hacen sino abrir espacios de auto-atribución potestativa para el Estado, restringiendo las libertades particulares de unos en favor de otros, bajo los criterios subjetivos del juzgador de turno.

Incluso, no obviando una discusión directa sobre los alcances de la posibilidad de equiparar la función jurisdiccional al dominio de la veridicción, y enlazando dicha triada directamente con la posibilidad de la decisión "justa", se debe señalar que ésta última, la justicia y lo justo, se nos presenta siempre como aporía. La justicia, así predicada, no es sino "una experiencia de lo imposible"⁴², y en tanto tal, como un acto de absoluta responsabilidad, por no conocerse de manera previa cuál sería la decisión que podría adecuarse a la decisión justa⁴³, es que se puede señalar que en ese sentido la justicia no es asunto del Derecho procesal, por el hecho de que la justicia no es jurídica, y no puede serlo, desde una concepción derridiana de ley, justicia y derecho, porque la justicia no puede ser meramente adecuación, no puede bastar solo con la veridicción.

Desde una lectura un tanto más simple y tradicional, se puede señalar que ni siquiera entre la propia magistratura que ejercerá la función jurisdiccional del Estado existe acuerdo unánime sobre la teoría de la justicia aplicable (aristotélica, rawlsiana, tomista, socialista, etc.). Las consideraciones de justicia de fondo han de ser transmitidas a través del legislativo en tanto órgano democrático idóneo, y si bien la hermenéutica normativa requerirá de un segundo momento de atención frente al juez, en donde se le encomiende la traducción más adecuada sobre materia de *Litis* idónea al Derecho, esta tarea no tiene por qué implicar la atribución exorbitante de poderes al Estado Juez,

⁴⁰ ENGEL y RORTY (2007) p. 26.

⁴¹ *Vid.* nota supra 34.

⁴² DERRIDA (1997) p. 39.

⁴³ Pues, precisamente, una de las definiciones de la condición de posibilidad de la decisión justa, absolutamente responsable, es su indeterminación, su relativa contingencia.

menos aún para que siquiera procesalmente vulnere el derecho a defensa de las partes.

El garantismo procesal no requiere fundar su posición ideológica en ninguna teoría de la verdad,⁴⁴ precisamente, porque no requiere justificar u obtener una legitimación externa para la atribución al juez de potestades in-nominadas. Por el contrario, el garantismo procesal, antes que consideraciones axiológicas sobre lo justo y las variantes discursivas que su retórica laxa admite, instala en su centro la preocupación por la persona humana, por el individuo particular como sujeto de derechos que ha de ser respetado en todas sus garantías y dignidad para proscribir su tratamiento como mero medio. Son conocidas las calamidades que aquello ha provocado en otros tiempos.

En otras palabras, el proceso no es el lugar para desarrollar la discusión sobre la posibilidad de la verdad, su desarrollo histórico ni su conexión intrínseca o contingente con lo justo. Tampoco es el proceso el lugar de realización de políticas públicas mediante el sacrificio de una de las partes, sujetando la decisión particular de cada uno a las preferencias del juez de turno.

No se trata solamente de una discusión entre "lo colectivo" y "lo individual", sino que las metas políticas, de beneficencia, económicas, o de cualquier otro tipo, han de ser dirigidas a la norma sustantiva, a la decisión de normativa de fondo, y precisamente se facilitará su discusión en dicha instancia si las reglas procedimentales y los principios procesales son respetados de manera irrestricta. Mientras menos interfiera el juez en el desarrollo del litigio, mayor podrá ser la posibilidad de que de manera imparcial resuelva el asunto sustancial que ha sido puesto en su conocimiento. La responsabilidad de la implementación de políticas de desarrollo, de empleo, integración, medioambientales, o cualesquiera otras, no debe quedar sujeta simplemente a las preferencias políticas del juez de turno. Pero aún antes que aquello, una condición mínima del ejercicio del poder estatal en su faz jurisdiccional es la garantía a ambas partes para presentarse a estrados en condiciones de igualdad ante un tercero que ha de velar por ser imparcial. Se puede querer ayudar a cualquiera de estas partes a través de la creación de instituciones, organismos gubernamentales, organismos no gubernamentales, etc., pero en ningún caso debe comprometerse en el desarrollo mismo del litigio al único que ha de mantenerse lo más imparcial posible, al juez.

⁴⁴ En ese sentido, la verdad se torna irrelevante, y tal como señala ENGEL y RORTY (2007) p. 62: "el vocabulario de la metafísica y de la epistemología no tiene ninguna función social".

III. HACIA UNA COMPRENSIÓN GARANTISTA DEL PROCESO

Si el proceso no tiene (ni puede tener) como finalidad la búsqueda de la verdad o de la Justicia material, entonces ha de comprenderse esencialmente como una instancia civilizada de solución de conflictos intersubjetivos, que se realizará a través del acto decisorio firme de un tercero legítimamente investido de autoridad, previo debate dialéctico en un plano de igualdad. En ese sentido, la concepción garantista del proceso es la que mejor se adecúa con un Estado de Derecho democrático y pluralista, garante de las libertades individuales y la defensa de los intereses diversos que se presentan en todas las instancias de la sociedad. Aquello puesto que *“lo que el garantismo pretende es el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos Internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico”*.⁴⁵

La concepción garantista del proceso, de manera lógica, deriva de sus conceptos fundamentales desde el contenido del debido proceso, que conforme al profesor Alvarado Velloso, y más allá de las posibles definiciones de modo negativo, o enumeraciones no taxativas de los aspectos que comprendería, *“resulta más fácil sostener que es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente)”*.⁴⁶

Proscribiendo la instrumentación de los intereses particulares (y al fin y al cabo, de los mismos usuarios del sistema jurisdiccional) en búsqueda de intereses trascendentes, inaccesibles e indefinibles de manera unánime, otro de los pilares esenciales sobre los que se edifica el garantismo procesal es la primacía de la persona humana, que ha de tomar lugar en la interpretación, creación y aplicación de las normas procesales (obviamente también en toda otra dimensión jurídica). Es preciso reconocer precisamente que dicha consideración hermenéutica y filosófica es una de las grandes conquistas alcanzadas en el discurso de la modernidad, consagrada como tal, o en la mayoría de las cartas políticas contemporáneas e instrumentos internacionales de la más variada índole. Tal como señala Palavecinos: *“Decir que el proceso está al servicio de la persona significa en primer lugar reconocerlo como instrumento y no como fin: el proceso existe para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses. Todo otro bien trascendente al interés de las partes como la paz social, la verdad o la justicia son mero efecto o consecuencia de la*

⁴⁵ ALVARADO (2010) p. 86.

⁴⁶ *Ídem.*, p. 83.

satisfacción de aquel interés, pero jamás deben sobreponerse autoritariamente al mismo".⁴⁷

Se puede no estar de acuerdo con el proyecto Kantiano⁴⁸, sin embargo, la configuración del imperativo que mandata: *"obra de tal modo que te relaciones con la humanidad tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solo como un medio"*⁴⁹, me parece que concuerda plenamente con la idea que se pretende exponer, y que de seguro encuentra adeptos incluso entre los partidarios del activismo judicial y el publicismo, que suelen recurrir al filósofo alemán a fin de dotar de contenido a expresiones o conceptos jurídicos fundamentales, no solo propios de ordenamientos jurídicos internos, sino incluso los internacionales, como lo es la dignidad de la persona humana. Por lo mismo, ahora en el preciso contexto del proceso, debe propenderse a resguardar las posiciones garantizadas a las partes por nuestro ordenamiento jurídico en un plano de igualdad, y obviamente asegurar al mismo tiempo que el juez solo se limite a actuar conforme lo autorice la ley y la Constitución. El garantismo procesal, en consecuencia, *"se contenta modestamente con que los jueces [...] declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos"*.⁵⁰

Para la doctrina garantista en la composición esencial del proceso es necesaria la intervención simultánea de tres sujetos: quién pretende, quién resiste y el juzgador.⁵¹ Los primeros dos son puestos jurídicamente en un plano de igualdad, denominados como partes. El impulso procesal es guiado completamente por ambos, y son aquellos los que deben aportar el material probatorio necesario para la resolución del conflicto, así como los hechos sobre los que se afirme o desestime una determinada pretensión. Son por definición plenamente parciales, y por lo mismo presentan cada uno todos los argumentos y las pruebas que estimen necesarias para lograr el convencimiento favorable del tercero imparcial a quien se encarga la resolución del conflicto.

⁴⁷ PALAVECINOS (2011b) p. 167.

⁴⁸ PÉREZ (2008b) pp. 35 y ss.

⁴⁹ KANT (2004).

⁵⁰ ALVARADO (2010) p. 86

⁵¹ ALVARADO (2011) p. 279.

En la mayoría de los casos el tercero encargado de la resolución del conflicto intersubjetivo (juzgador) será un juez⁵², esto es, *“el funcionario público que integra el Poder Judicial y que tiene como misión específica la de procesar y resolver los litigios presentados a su conocimiento (y, en su caso, ejecutar lo resuelto)”*.⁵³

El juez, en tanto director del desarrollo dialéctico del proceso, está sujeto al principio de imparcialidad.⁵⁴ Al respecto, el profesor Alvarado Velloso señala que, al momento de definir las cualidades de un juez, de manera necesaria éste *“no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)”*.⁵⁵ Es precisamente el celo sobre este carácter del juzgador, y los límites de su comprensión, lo que constituye una de las diferencias esenciales con los partidarios del publicismo, en los términos que se ha expuesto en líneas anteriores.

El requisito normativo de la imparcialidad del juez, en toda su dimensión, no equivale a una afirmación descriptiva sobre su objetividad y el ejercicio de la función jurisdiccional. Es evidente que ninguna persona puede enfrentarse a algún estímulo externo sin algún tipo de noción preconcebida, ni que las posibilidades mismas de su cognición han de estar situadas desde su posición subjetiva constituyente, cualquiera que ésta sea (olores, colores, la percepción de una amenaza, nociones de lo bueno y lo malo, etc.). En virtud de este principio de imparcialidad no se le exige al juez una completa desnudez intelectual y emocional al momento de enfrentarse a un caso en particular, sino algo mucho más concreto y realizable: su imparcialidad normativa en las tres dimensiones antes enunciadas (imparcialidad, independencia e imparcialidad en sentido estricto).

Si bien es imposible que el juez elimine todos los prejuicios que tenga al momento de enfrentarse un caso particular, al menos es esperable que estructuralmente el legislador (y el juez en el ejercicio interpretativo de la ley procesal) no amplíe el espacio o las posibilidades de arbitrariedad judicial. Es precisamente la ley quien debe encargarse de establecer cuáles son sus precisas

⁵² Podría eventualmente ser un árbitro mixto.

⁵³ ALVARADO (2011) p. 279.

⁵⁴ Sin duda el juez se encuentra sujeto no solo a este principio, sino también al de transitoriedad del proceso, igualdad de las partes, eficacia procedimental y moralidad procesal.

⁵⁵ ALVARADO (2010) p. 67.

facultades de dirección. De esta forma, si bien no es posible ni deseable que el juez sea una máquina inactiva en el proceso, sí se debe limitar su actuación en juicio, en tanto dicha actividad es manifestación del poder público estatal, y además, porque de ésta forma se asegura el ejercicio de las libertades individuales, de las que son titulares los particulares que llevarán ante su imperio cuestiones que necesiten una solución hetero-compositiva. Por eso, en conclusión, es posible afirmar, tal como señala la profesora Andrea Meroi, que la imparcialidad no es una representación descriptiva, sino que más bien prescriptiva, y en realidad equivale a un conjunto de cánones deónticos que permiten controlar por las partes la posición subjetiva del juez, mas no se trata un diagnóstico pleno y acabado sobre las condiciones subjetivas particulares con las que el juez se predispone a resolver.⁵⁶

Es evidente que lo señalado hasta este punto es plenamente aplicable a todo proceso, sin entrar en su calificación adjetiva o ramal de especialidad relativa. Sin duda aquello que se ha comprendido desde una "teoría general unitaria del proceso" es preciso abordarlo en una investigación particular, sin embargo, baste por ahora develar afirmaciones como las sostenidas por el profesor Alvarado Velloso, que señala: "[v]a de suyo que la simple calificación adjetiva que se haga del Derecho procesal no puede hacer que varíen sus conceptos elementales y fundamentales [...] las nociones de acción procesal, de excepción y de jurisdicción, por ejemplo, son invariables en todos los ordenamientos normativos".⁵⁷

Es posible enunciar una serie de casos que muestran a simple vista que los problemas en el funcionamiento del Poder Judicial es preferible abordarlos de una manera unitaria, antes que de manera parcial y atomizadora.⁵⁸ Celeridad y tutela judicial efectiva para todos, no hay justificación para que se otorgue a alguno y otros no (como por ejemplo pareciese ocurrir en sede laboral o de familia). Por otro lado, dicho reconocimiento se confunde derechamente con el aumento de poderes y facultades del juez. Si se desea alcanzar la consagración de un Poder Judicial más eficiente y respetuoso de las garantías individuales es preferible abordar directamente el problema de manera global y unitaria.

La teoría general unitaria del proceso toma el camino inverso a la tendencia atomizante de las ramas del Derecho procesal; en la unidad se busca

⁵⁶ Sobre esta idea, y además sobre alcances de la regla *iuranovit curia* en cuanto al supuesto pleno conocimiento del Derecho por parte del juez: MEROI (2007) pp. 379-390.

⁵⁷ ALVARADO (2011) pp. 40 y 41.

⁵⁸ En el mismo sentido, y para mayor profundización consultar: BENABENTOS (1999).

la fuerza teórica y la coherencia doctrinaria. Tal como señala el profesor Omar Benabentos, con la configuración de esta teoría se pretende “*fijar los postulados científicos comunes y compatibles a todas las ramas del Derecho procesal*”⁵⁹, para luego desde ahí analizar cada una de las reglamentaciones diferenciadas.

CONCLUSIONES

Si bien puede parecer a algunos que la decisión del diseño normativo procesal es una decisión meramente técnica (en un sentido amplio), lo cierto es que tras la regulación de las facultades procesales de las partes y el juez existe una fuerte comprensión político-jurídica de las funciones y potestades del Estado, de la posición de la persona humana en el ordenamiento jurídico, y la eventual función epistemológica del instrumento procesal. Solo una concepción que sitúe la finalidad del proceso fuera de éste, en un fin trascendente, puede permitirse disponer de la configuración potestativa de la magistratura. Sin embargo, para aquello ha de instalarse como presupuesto lógico la posibilidad cierta de tener acceso a dicho objetivo extraprocesal.

Las diversas concepciones del proceso, y en último término, del Estado de Derecho y de la posición de la persona humana ante el poder del Estado (juez), abren la posibilidad a una discusión necesaria sobre el diseño normativo que ha de adoptar un Ordenamiento Jurídico en particular. En ese sentido, son varios los temas que han de abordarse y que seguramente obtendrán respuestas diversas dependiendo del lugar desde el cual se genere el discurso. Las medidas cautelares, la función probatoria del juez y las partes, las facultades de dirección del juez, entre otros, son temas cuya particularidad no se escapará de las consideraciones generales planteadas.

Creo que la discusión abierta entre publicismo y garantismo procesal no coincide ni corresponden de manera transparente y clara con una concepción político-jurídica liberal ni con una de corte socialista. Los matices son variados, y el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado puede ser abordado desde distintas perspectivas, siendo sorprendivos los casos en que puedan coincidir las visiones que tradicionalmente se han asociado a determinadas ideologías políticas. Queden, sin embargo, dichas disquisiciones para otro espacio.

⁵⁹ BENABENTOS (2001) p. 24.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVARADO, Adolfo (2001): "El garantismo procesal". Disponible en: <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>>, fecha de consulta: 2 de septiembre 2016.

_____ (2006): "Los sistemas procesales", en Alvarado Velloso, Adolfo y Zorzoli, Oscar (dirs.), *El debido Proceso* (Buenos Aires, Editorial Ediar).

_____ (2009): *Sistema procesal: Garantía de la Libertad* (Santa Fe, Rubonzal Culzoni Editores).

_____ (2010): "El garantismo procesal", en De la Fuente Paredes, Paulo (coord.), *Estudios de Derecho Procesal Civil: bases para un nuevo Código Procesal Civil* (Chillán, Editorial Librotecnia).

_____ (2011): *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (Santiago, Punto Lex - Thompson Reuters).

ATRIA, Fernando (2005): "Jurisdicción e independencia judicial: El Poder Judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. n° 5: pp. 119-141.

BENABENTOS, Omar (1999): "Los cambios finales del siglo XX y la autonomía científica del Derecho Procesal Laboral", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 2 n° 25.

_____ (2001): *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal* (Rosario, Editorial Juris).

BORDALÍ, Andrés (2007): "Los poderes del juez civil", en De la Oliva, Santos y Vélez, Palomo (coords.), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

_____ (2008): "La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno", *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), vol. XXX, pp. 185-219.

CARRETA, Francesco (2008): "Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: Referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia", *Derecho Valdivia*, vol. 21 n° 1: pp. 101-127.

- CIFUENTES, Pablo (2011): "El deber de buena fe en los procedimientos laborales: noción, manifestación y problemática", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1 n° 2: pp. 91-108.
- DAMASKA, Mirjan (2000): *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (Santiago, Editorial Jurídica).
- Derrida, Jacques (1997): *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad* (Trad. Adolfo Baberá y Patricio Peñalver Gómez, Madrid, Tecnos Editorial).
- ENGEL, Paul y RORTY, Richard (2007): *¿Para qué sirve la verdad?* (Barcelona, Editorial Paidós).
- FEYERABEND, Paul (1975): *Tratado contra el Método* (Madrid, Tecnos Editorial).
- FOUCAULT, Michel (2014): *Obrar mal, decir la verdad: La función de la confesión en la justicia* (Buenos Aires, Editorial Siglo XXI).
- _____ (2015): *La verdad y las formas jurídicas* (Trad. Enrique Lynch, Barcelona, Editorial Sátira Ediciones).
- GOLDSCHMIDT, James (1936): *Teoría general del proceso* (Barcelona, Editorial Labor).
- GODOY, Mario (2008): "Garantismo y activismo: posiciones encontradas". Disponible en: <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147/1147>>, fecha de consulta: 3 de septiembre 2016.
- HUNTER, Iván (2008): "No hay buena fe sin interés: La buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud colaboración", *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), vol. 21 n° 2: pp. 151-182.
- KANT, Immanuel (2004): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (13° edición, México, Editorial Porrúa).
- LORETO, Luis (1935): "El deber de decir la verdad en el proceso civil". Disponible en: <<http://aciropol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-714/A-24.pdf>>, fecha de consulta: 9 de septiembre 2016.
- MELERO, Alonso (2003): "La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: Un acercamiento

desde el Derecho Público", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. n° 9: pp. 235-263.

MEROI, Andrea (2007): "Iuranovit curia y decisión imparcial. Ius et Praxi". Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200015&lng=es&nrm=iso>, fecha de consulta: 25 de julio 2016.

MONTELEONE, Girolamo (2006): "El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil", en Montero Aroca, Juan (coord.), *Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

NÚÑEZ, Raúl (2008). "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado Democrático Deliberativo". Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n1/art08.pdf>>, fecha de consulta: 1 de marzo 2012.

PALAVECINOS, Claudio (2011a): "Sistemas procesales e ideologías", *Revista de Derecho y Humanidades*, n° 17: pp. 13-30.

_____ (2011b): "Doctrina del Garantismo procesal", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2 n° 4: pp. 167-170.

PÉREZ, Carlos (2008a): *Sobre un concepto histórico de ciencia* (2ª edición, Santiago, Editorial).

_____ (2008b): *Desde Hegel. Para una crítica radical de las ciencias sociales* (México, Editorial Itaca).

_____ (2015): "La democracia como dictadura. Athenea Digital", *Revista de pensamiento e investigación social*, vol. 15 n° 4: pp. 279-303.

PEYRANO, Jorge (2008): "Garantismo y activismo: Posiciones encontradas". Disponible en: <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147/1147>>, fecha de consulta: 25 de marzo 2012.

_____ (2009a): "El juez distribuidor de la justicia, versus el juez dador de paz". Disponible en: <http://www.elateneo.org/documents/trabajosBajar/EL_JUEZ_DISTRIBUIDOR_DE_LA_JUSTICIA.doc>, fecha de consulta: 22 de marzo de 2016.

_____ (2009b): "Activismo Judicial: AA.VV. Activismo y Garantismo. Instituto de la Academia en la Región Centro". Disponible en: <<http://www>>

acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/at_download/file>, fecha de consulta: 15 de marzo 2012.

PICÓ, Joan (2012): "El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado", en Montero Aroca, Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch) pp. 117-137.

RAMÍREZ, Diana (2007): "A propósito de la justicia material: Reflexiones sobre la justicia en el proceso versus la justicia material". Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=94501209>>, fecha de consulta: 15 de septiembre 2011.

REYES, Sebastián (2012): "El juicio como herramienta epistemológica: El rol de la verdad en el proceso", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. n° 30, pp. 221-235.

RUAY, Francisco (2013): "Sobre la sujeción de los tribunales de justicia al principio de juridicidad y su relación con el garantismo procesal", *Revista Ius Novum*, n° 6, pp. 165-201.

SOTO, Eduardo (1996): *II Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica).

TARUFFO, Michelle (2009a): "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba", en Vera Álvarez, Nicolás (coordinador), *La Prueba, Artículos y Conferencias*, (Santiago, Editorial Metropolitana) p. 28.

_____ (2009b): "Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial", en Vera Álvarez, Nicolás (coord.), *La Prueba, Artículos y Conferencias* (Santiago, Editorial Metropolitana) pp. 96 y 97.

_____ (2010): *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (Madrid, Ediciones Jurídicas de Editorial Marcial Pons).

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CONCEPCIONES DE LA OBLIGACIÓN MORAL

Presumption of Innocence and Conceptions of Moral Obligation

HUGO OMAR SELEME*
Universidad Nacional de Córdoba
Córdoba, Argentina

RESUMEN: El presente trabajo intenta mostrar, en primer lugar, que el modo de concebir el *principio de inocencia* depende de la concepción de obligación moral que se posea. Esta vinculación entre ambas concepciones –la de obligación y la del principio de inocencia– no ha sido explorada en la literatura especializada. El trabajo intenta corregir este déficit. En segundo lugar, y una vez establecida la vinculación entre ambas concepciones, el trabajo se encarga de mostrar que el modo correcto de concebir la obligación moral es uno de índole prospectivista. Esto permite extraer la conclusión de que la manera correcta de concebir el principio de inocencia es la correlacionada con dicha concepción de obligación moral.

PALABRAS CLAVE: prueba, castigo, verdad

* Investigador del CONICET. Catedrático de Ética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: <hugoseleme@gmail.com>.

Artículo recibido el 26 de diciembre de 2016 y aceptado para publicación el 15 de marzo de 2017.

ABSTRACT: *The present paper pursues two objectives. First, it tries to show that the way of conceiving the Principle of Innocence depends on the conception of moral obligation that is adopted. This linkage between both conceptions has not been explored in the specialized literature. The paper attempts to correct this deficit. Secondly, and once the link between both conceptions is established, it is argued for a particular conception of moral obligation. Specifically, several reasons are offered in favor of the prospective variant. Finally, this leads to the conclusion that the correct conception of the Principle of Innocence is that correlated with the prospective conception of moral obligation.*

KEYWORDS: *proof, punishment, truth*

INTRODUCCIÓN

El principio de inocencia ocupa un lugar destacado en el proceso penal de países que poseen sistemas jurídicos que se inspiran en diferentes tradiciones legales. En Chile, el principio ha sido incorporado en el artículo 4 del Código Procesal Penal, según el cual *“ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”*. En Argentina, antes de la reforma constitucional del año 1994, el principio era extraído del artículo 18, según el cual: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”*. Luego de la reforma, con la incorporación de los tratados y convenciones de derechos humanos, establecida por el artículo 75 inciso 22, el principio posee reconocimiento expreso. Esto se debe a la incorporación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 11 inciso 1 establece: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*. El mismo principio también está reconocido en otros instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

del Hombre¹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³.

El principio también ha sido incorporado recientemente a la Constitución española, la cual en su artículo 24 inciso 2 establece que *“todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*. En los Estados Unidos el principio ha sido reconocido en numerosos fallos judiciales, siendo el más relevante *Coffin v. United States*, en el cual se señala que *“el principio de que existe una presunción de inocencia en favor del acusado es la indubitada ley, axiomática y elemental”*.⁴ Por lo que respecta a instrumentos internacionales regionales, la Convención Europea de Derechos Humanos indica en su artículo 6 inciso 2: *“Cualquier acusado de un delito penal será presumido inocente hasta que se pruebe en un proceso legal que es culpable”*.

La dogmática también se ha ocupado –profusamente– de intentar encontrar el alcance exacto del principio. Así, para Cardenas Rioseco *“la presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba”*.⁵ Manzini Vincenzo, por su parte, considera que el principio establece que la calidad de no-culpable es inherente a la calidad de persona humana.⁶ Para Maier, el principio impide otorgar el trato de culpable a cualquier persona, sea cual sea el grado de verosimilitud de la acusación, mientras el Estado a través de sus órganos judiciales no haya declarado

¹ El artículo 26, en su primera parte, señala: *“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”*.

² El artículo 8 inciso 2, sostiene: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.

³ El artículo 14 inciso 2, declara: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*.

⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, *Coffin v. United States* (1895) p. 453.

⁵ CÁRDENAS (2006) p. 23.

⁶ MANZINI (1951) p. 180.

su culpabilidad.⁷ Martínez Remigio sostiene que el principio no solo se aplica a la fase del juicio oral, sino también al proceso de investigación y a la tarea de evaluación de la prueba por parte del Tribunal. Como consecuencia, deben restringirse al mínimo las medidas que reducen derechos durante el proceso, la carga de la prueba cae sobre quien acusa, y debe absolverse si la prueba no es suficiente.⁸ Nogueira Alcalá, por su parte, lo trata como un principio omnicompreensivo que informa todo el proceso y permite distinguir los sistemas acusatorios, fundados en el principio de inocencia, y los sistemas inquisitivos, donde el inculcado es tratado como si fuese culpable.⁹

Quizás por el rango de las normas en las que el principio es expuesto, tratados internacionales y textos constitucionales, por la pluralidad de sistemas jurídicos de los que forma parte, o por el número creciente de dogmáticos que han focalizado su atención en el mismo, ha existido una proliferación de ámbitos en los que el principio de inocencia se considera aplicable. Tradicionalmente se entiende que el principio tiene aplicaciones tanto procesales como extraprocesales. Con referencia a estas últimas se sostiene que ni los órganos gubernamentales –diferentes a los involucrados en el proceso judicial– ni los particulares pueden conferir a ningún ciudadano el trato de un autor del delito, hasta tanto esto no haya sido establecido en un proceso judicial. Así, por ejemplo, los medios de comunicación no pueden afirmar que un ciudadano es culpable de un delito si esto no ha sido determinado judicialmente.

Dada esta pluralidad de funciones que se atribuyen al principio, cualquier trabajo que se dedique a investigarlo debe, en primer lugar, aclarar cuál es la faceta del mismo en la que pretende concentrarse. Esto no implica negar, ni tampoco afirmar, que el principio cumple las funciones adicionales que se le atribuyen. Simplemente se trata de una decisión metodológica para circunscribir el objeto de estudio. En lo que sigue solo estaré interesado en la particular función que el principio cumple en relación con la tarea de evaluar los hechos en el seno del proceso judicial.

La hipótesis del presente trabajo es, en primer lugar, que el modo de concebir el principio depende de la concepción de obligación que se posea. Esta vinculación entre ambas concepciones –la de obligación y la del principio de inocencia– no ha sido explorada en la literatura especializada a pesar de que, como intentaré mostrar, las implicaciones que una tiene sobre la otra

⁷ MAIER (1996) p. 490.

⁸ MARTÍNEZ (2005) p. 25.

⁹ NOGUEIRA (2005).

son profundas. En segundo lugar, y una vez establecida la vinculación entre ambas concepciones, el trabajo se encarga de mostrar que el modo correcto de concebir la obligación moral es uno de índole prospectivista. Esto permite extraer la conclusión de que la manera correcta de concebir el principio de inocencia es la correlacionada con dicha concepción de obligación moral.

I. CONCEPCIONES DE OBLIGACIÓN Y EL DEBER DE CASTIGAR

El principio de inocencia, como regla para evaluar los hechos en el proceso penal, se encuentra directamente vinculado con el ejercicio de la coacción estatal. A los fines de explorar el sentido del Principio de Inocencia, por lo tanto, es indispensable adoptar alguna posición sobre la justificación del castigo impuesto por el Estado. La premisa sobre la que fundaré mi argumento es una según la cual el Estado legítimo no es solo aquel que tiene permitido el ejercicio de la coacción, entendiendo por esto que sus ciudadanos no tienen derecho a no ser coaccionados¹⁰. El Estado legítimo, en ciertas circunstancias, tiene el deber de coaccionar. Específicamente, el Estado tiene la obligación moral de imponer los castigos respetando lo establecido por la norma penal sustantiva.¹¹

Una consecuencia que se sigue de esta premisa es que el mejor curso de acción que un Estado puede adoptar –a la hora de administrar el castigo– es el de condenar a todos los culpables de haber transgredido la norma penal y absolver a todos los inocentes. Si la norma sustantiva penal es justa –tal como presupondré a los fines del presente trabajo– y la condena a quien la trasgrede se encuentra justificada, entonces este curso de acción es moralmente superior a aquel en el que el Estado condena solo a individuos culpables, pero no a todos ellos –por ejemplo, solo a los que pertenecen a cierto estrato social–, o no condena a individuos inocentes, pero tampoco a individuos culpables.

Usualmente se piensa que la obligación estatal de administrar el castigo respetando lo establecido por la norma penal sustantiva implica que el Estado debe condenar al culpable de haberla transgredido y absolver al inocente. Según esta reconstrucción el Estado tiene la obligación moral de seguir el mejor curso de acción, el que a su vez se determina a partir de lo que establece

¹⁰ Entre quienes entienden a la legitimidad política de esta manera se encuentra LADENSON (1980).

¹¹ En lo que sigue daré por sentado que el castigo penal se encuentra moralmente justificado y que la norma sustantiva que fija el castigo lo hace de manera moralmente correcta. Por supuesto que estos son temas controvertidos, pero exceden el objetivo específico de este trabajo.

la norma penal sustantiva. Así, por ejemplo, si la norma penal señala que quien mata debe ser condenado, el mejor curso de acción es aquel en donde los que efectivamente han transgredido la prohibición, y solo ellos, son condenados. A su vez, el Estado satisface su obligación de administrar el castigo respetando la norma penal sustantiva solo si condena al culpable y absuelve al inocente.

En esta reconstrucción cada vez que el Estado condena a un inocente o absuelve a un culpable transgrede su obligación moral. En este supuesto a lo más que puede aspirar el Estado es a excusarse de la transgresión. El modo habitual de hacerlo es señalar que el proceso judicial de determinación de los hechos no es infalible y a lo más que puede aspirar es a establecer los hechos con un cierto grado de certeza a partir de la prueba ofrecida. Si, contrario a la prueba ofrecida en la causa, los hechos son falsos, el Estado puede argüir ignorancia como excusa para la transgresión de su obligación.

A pesar de que esta reconstrucción de la obligación estatal aparece como plausible y hasta inevitable, creo que ninguna de las dos cosas son ciertas. Como intentaré mostrar en el apartado siguiente, la reconstrucción es incorrecta y, como espero dejar claro a continuación, no es inevitable dado que existen reconstrucciones alternativas. La razón de que esto sea así es que existen al menos tres maneras de concebir la obligación moral y, por ende, tres maneras diferentes de concebir la obligación moral del Estado de administrar el castigo respetando lo establecido por la norma penal sustantiva. La reconstrucción habitual que he presentado utiliza una de estas concepciones, quedando por explorar las dos restantes.

La concepción de obligación moral utilizada en la reconstrucción habitual de la obligación estatal de castigar es una de carácter objetivista, según la cual un agente debe realizar un acto si, y solo si, es la mejor opción que él o ella tiene.¹² En consecuencia, un agente ha cumplido su obligación moral si no existe ningún curso de acción que sea mejor que el que de hecho adoptó. Es moralmente incorrecto para un agente realizar un acto si existía un curso de acción alternativo mejor.¹³ Es esta concepción de obligación la que

¹² La concepción objetivista de obligación ha sido aceptada, entre otros, por MOORE (1912).

¹³ Las diferentes concepciones objetivas de obligación se distinguen por el criterio sustantivo que utilizan a la hora de determinar que un curso de acción es mejor que otro. Así, una concepción objetivista de obligación que utilice como criterio el consecuencialismo del acto sostendrá que el mejor curso de acción es aquel que efectivamente tiene por resultado maximizar el monto de aquello que se considera intrínsecamente valioso. Una concepción que utilice como criterio el consecuencialismo de la regla sostendrá que el

permite concluir que si el mejor curso de acción que puede adoptar el Estado a la hora de administrar las condenas es imponerlas sobre todos y cada uno de los individuos culpables y no imponerlas nunca sobre un inocente, entonces el Estado está obligado a condenar al culpable y tiene prohibido condenar a inocentes, o lo que es lo mismo, está obligado a no condenar inocentes.

Una concepción alternativa de obligación moral es aquella según la cual un agente debe realizar un acto si, y solo si, él cree que es la mejor opción que él o ella tiene.¹⁴ De acuerdo con esta concepción de obligación moral alguien cumple con su obligación cuando sigue el que cree que es el mejor curso de acción, con independencia de que de hecho efectivamente lo sea. Tampoco importa el carácter de la evidencia que respalda su creencia. Basta que crea que es el mejor curso de acción, a pesar de que lo haga sobre la base de una evidencia insuficiente o defectuosa, para que exista la obligación moral de seguirlo.¹⁵

Si uno posee esta concepción subjetiva de obligación moral, la obligación estatal de castigar y absolver respetando la norma penal sustantiva adquiere contornos diferentes. Aunque el mejor curso de acción sigue siendo condenar a los transgresores y absolver a los inocentes, el Estado ahora no tiene la obligación moral de seguir el mejor curso de acción. Por el contrario, su obligación es ahora seguir el que cree que es el mejor curso de acción. Mientras que de acuerdo con la versión habitual lo que importa es la verdad acerca de los hechos ventilados en el proceso judicial, lo que importa de acuerdo con esta nueva reconstrucción son las creencias de quien tiene la potestad para fijar los hechos dentro del proceso. Si el Estado administra el castigo a aquellos que quien tiene esta potestad cree culpables y absuelve a quienes se cree son inocentes, entonces ha cumplido su obligación moral.

mejor curso de acción es aquel acorde con una regla cuyo seguimiento generalizado produciría la efectiva maximización de la cualidad considerada intrínsecamente valiosa. Una concepción que utilice un criterio que no hace referencias a las consecuencias de los cursos de acción sino a su carácter virtuoso afirmará que el mejor curso de acción es aquel que efectivamente muestra el mayor grado de virtud, sea como sea que se la conciba. Si la concepción utiliza como criterio el respeto por los derechos sostendrá que el mejor curso de acción es aquel que efectivamente satisface o no vulnera estos derechos. ZIMMERMAN (2008) pp. 3 y 4.

¹⁴ ZIMMERMAN (2008) p. 3.

¹⁵ La concepción subjetivista de obligación fue adoptada, entre otros, por PRICHARD (1949) y ROSS (1930, 1939).

La ignorancia sobre los hechos a la hora de aplicar el castigo no aparece ya como una excusa, como sucede si uno adopta la concepción objetivista de obligación, sino que altera los términos de la obligación estatal. Si el juzgador sobre los hechos ignora que la persona condenada es inocente, esto es cree que es culpable, el Estado ha cumplido con su obligación al castigarla. Lo mismo si absuelve al culpable que el juzgador sobre los hechos cree inocente. Lo que fija los contornos de la obligación estatal de castigar y absolver no son más los hechos, sino la íntima convicción del juzgador. El carácter falible del proceso judicial –que determina que las certezas a las que arriba el juzgador no coincidan necesariamente con la realidad– no funciona como una excusa para que el Estado se exima del reproche por no haber cumplido con su obligación moral, sino que altera los términos de la obligación que posee.

Finalmente, existe una tercera concepción de obligación moral que puede adoptarse para reconstruir la obligación estatal de castigar y absolver. Según esta concepción un agente debe realizar un acto si no existe otro que posea un mayor valor esperado, dada la evidencia disponible ponderada por su grado de confiabilidad.¹⁶

¹⁶ La concepción prospectiva de obligación es más compleja que como aquí se la presenta. En su formulación completa ZIMMERMAN (2008) p. 78 la presenta de la siguiente manera: “Para cualquier acto, A; (1) A es prima facie moralmente correcto si y solo si existe algún aspecto, S, de la situación del agente tal que ninguna otra opción que tiene le ofrece un mejor prospecto de hacer lo que es adecuado para S. (2) A es prima facie moralmente incorrecto si y solo si existe algún aspecto, S, de la situación del agente tal que alguna otra opción que tiene le ofrece un mejor prospecto de hacer lo que es adecuado para S; (3) A es prima facie moralmente obligatorio si y solo si existe algún aspecto, S, de la situación del agente tal que A le ofrece un prospecto de hacer lo que es adecuado para S mejor que el provisto por cualquier otra opción que tenga. (4) A es moralmente correcto todo considerado si y solo si ninguna otra opción que el agente tiene le ofrece un mejor prospecto de hacer lo que es adecuado para su situación como un todo. (5) A es moralmente incorrecto todo considerado si y solo si alguna otra opción que el agente tiene le ofrece un mejor prospecto de hacer lo que es adecuado para su situación como un todo. (6) A es moralmente obligatorio todo considerado si y solo si A le ofrece al agente un prospecto de hacer lo que es adecuado para su situación como un todo mejor que el ofrecido por cualquier otra opción que tenga”.

Michael Zimmerman, quien ha identificado y defendido esta tercera concepción de obligación, denomina a este curso de acción el prospectivamente mejor. Que algo sea prospectivamente mejor, por su parte, no equivale ni siquiera a que probablemente sea el mejor curso de acción. Aun si se tiene la certeza de que un curso de acción no es el que posee el mayor valor actual, y por ende no es el objetivamente mejor, es posible que prospectivamente lo sea.

El valor esperado de un acto es una función de los valores actuales que tienen sus posibles resultados ponderados por la probabilidad de que acaezcan. La probabilidad relevante aquí es de índole epistémica. Este tipo de probabilidad tiene que ver con el grado de certeza con relación a ciertas proposiciones que está justificado que un agente posea en base a cierto cuerpo de evidencia. Explicando la probabilidad epistémica, señala Zimmerman: *“Si una proposición, p , es cierta para alguien, S (esto es, si S está justificado epistémicamente en tener completa confianza en p), entonces la probabilidad de p para S es 1. Si p es cierta para S , entonces su negación, $\neg p$, es ciertamente falsa para S ; en este caso, la probabilidad de $\neg p$ para S es 0. Si p y $\neg p$ están contrabalanceadas para S (esto es, S está justificado en tener alguna confianza tanto en p como en $\neg p$), entonces la probabilidad de cada una de estas proposiciones, p y $\neg p$, para S es 0.5. Si S está justificado en tener mayor confianza en p que en $\neg p$, entonces la probabilidad de p para S es mayor que 0.5 y a probabilidad de $\neg p$ es menor que 0.5; en tal caso, p puede decirse que es probable para S , y $\neg p$ improbable”*.¹⁷ Sin embargo, el curso de acción prospectivamente mejor no es meramente aquel que tiene el mayor valor esperado. Esto porque el valor esperado de una opción es sensible solo a la cantidad de evidencia, pero es ciego al grado de confiabilidad que la misma posee. Por el contrario, lo prospectivamente mejor es una función no solo de la evidencia disponible, sino –adicionalmente– del grado de confiabilidad de la evidencia. Lo prospectivamente mejor es una función del valor esperado y de la confiabilidad de la evidencia. Poniendo juntas todas estas consideraciones puede señalarse que el curso de acción prospectivamente mejor es aquel que tiene el mayor valor esperado, donde lo relevante es la probabilidad epistémica determinada a partir de la evidencia disponible para el agente y donde la evidencia es ponderada según su grado de confiabilidad.¹⁸

A pesar de que en el texto tendré ocasión de introducir ulteriores refinamientos, he optado por una versión simplificada porque creo que la misma posee el grado de complejidad requerido para abordar el problema que aborda el presente trabajo.

¹⁷ ZIMMERMAN (2008) p. 36.

¹⁸ Existen otros refinamientos que deben ser llevados adelante para que la concepción prospectiva pueda acomodar todas nuestras intuiciones morales. [...] Uno señala que aquello que debemos hacer no solo es una función de la evidencia disponible con relación a los

Adoptar esta concepción prospectiva de obligación permite interpretar

resultados posibles de nuestras acciones, sino también a la evidencia de la evidencia disponible con relación al valor actual de cada resultado. Para referirse a este tipo de valor que también es sensible al grado de probabilidad de que un resultado posea un valor actual, Zimmerman (2008) pp. 38 y 39 utiliza el rótulo de valor expectable. Distinguiendo el valor esperado del valor expectable, señala: *“Mientras que el valor esperado, EV, de un acto es una función de las probabilidades de sus posibles resultados y de los valores actuales asociados con esos resultados, el valor expectable, E*V, de un acto es una función de las probabilidades de sus posibles resultados y de los probables valores asociados con estos resultados [...]”*. Lo que la concepción prospectiva sostiene, una vez agregada esta precisión, es que *“[u]n agente debe realizar un acto si y solo si es la opción que tiene el mayor valor expectable para el agente”*.

Otro refinamiento sostiene que lo que debemos hacer no solo es sensible a la evidencia disponible con relación a los posibles resultados de nuestras opciones y de los valores probables de esos resultados, sino adicionalmente a la evidencia de la que disponemos respecto de esta evidencia. El punto de ZIMMERMAN (2008) pp. 39 y 40, es que el hecho de que alguien esté justificado en creer algo no implica que su creencia de que está justificado en creerlo lo esté. En su opinión, la evidencia respecto del valor expectable de una alternativa puede ser tan defectuosa como la evidencia respecto de su valor actual, y en este caso lo relevante es el valor expectable del valor expectable de la alternativa. El hecho de que existan diferentes niveles de evidencia necesariamente conlleva esta conclusión.

Como pueden existir distintos niveles de evidencia, esta conclusión amenaza un regreso al infinito. Sin embargo, dadas las limitaciones epistémicas de los seres humanos, agrega ZIMMERMAN (2008) p. 41, existirá un nivel L de evidencia más allá del cual no nos estará disponible otro o, de haberlo, será uno tal que el maximizar el valor expectable a ese nivel también lo hará al nivel L. En este caso, L es el nivel definitivo de evidencia para un agente. Con esta precisión en mente, ZIMMERMAN (2008) p. 42 vuelve a modificar el enunciado de la concepción prospectiva: *“Un agente debe realizar una acción si y solo si es la acción que tiene el mayor valor expectable para el agente a su nivel definitivo de evidencia”*.

Por último, dos consideraciones deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar el valor prospectivo de una acción como equivalente a su valor esperado o expectable. En primer lugar, no siempre consideramos adecuado comportarnos como agentes que buscan maximizar el valor esperado. ZIMMERMAN (2008) pp. 53 y 54 utiliza la paradoja de Allais para mostrar que la apelación al valor esperado debe ser cualificada de modo de dar cuenta de esta complejidad.

En segundo lugar, aunque dos alternativas tengan el mismo valor expectable –que se calcula a partir del valor esperado–, un agente puede estar justificado en tratarlas de modo distinto si una de ellas tiene para él un alto costo personal. Si queremos ver en estas alternativas personalmente costosas posibles actos supererogatorios, no es posible incluir el costo personal a la hora de determinar que estamos obligados a hacer. De modo que la concepción prospectiva debe refinarse para señalar que es obligatorio realizar la acción

de una nueva manera la obligación estatal de castigar y absolver respetando la norma penal sustantiva. La norma penal sigue fijando cual es el mejor curso de acción, a saber, condenar a los transgresores y absolver a los inocentes. No obstante, al igual que sucede si uno adopta la concepción subjetiva de obligación, el Estado no tiene la obligación de seguir el mejor curso de acción. La obligación moral del Estado no es condenar al culpable y absolver al inocente. Su obligación moral es adoptar el curso de acción –condenar o absolver– que sea mejor prospectivamente dado el valor actual de condenar o absolver a personas inocentes o culpables, dada la probabilidad epistémica de que el imputado sea culpable o inocente medida a partir de la evidencia producida en el juicio y disponible para el Estado, y de la confiabilidad de la misma.

Mientras que si uno adopta una concepción objetivista de obligación lo relevante a la hora de fijar la obligación estatal de castigar o absolver es la verdad acerca de los hechos debatidos en el proceso, y si se adopta una concepción subjetivista son las creencias de quien tiene la potestad para fijar los hechos en el proceso, lo que es relevante si se toma una concepción prospectiva es la cantidad y calidad de la evidencia acerca de los hechos que está disponible en el proceso. Si el Estado administra el castigo solo a aquellos que dada la evidencia disponible es probable que hayan transgredido la norma, entonces ha cumplido su obligación moral.

Que el Estado ignorase cuál era la verdad acerca de los hechos a la hora de administrar el castigo no funciona como una excusa al reproche por haber transgredido su obligación moral de castigar al culpable y absolver al inocente. Tampoco altera los términos de la obligación estatal, tal como sostiene la concepción subjetivista de obligación. Lo que fija la obligación estatal no son los hechos –como sostiene la concepción objetivista– ni las creencias del juzgador –como sostiene la subjetivista–, sino la evidencia disponible. Si el juzgador absuelve a una persona que cree que es culpable, y en realidad lo es, debido a que la evidencia inculpatoria disponible en el proceso no es suficiente, entonces el Estado ha cumplido con su obligación moral. Por el contrario, si condena a quien cree culpable, y en realidad lo es, pero lo hace

cuyo resultado tiene el más alto valor expectable, siempre y cuando no requiera un alto costo personal. Cfr. ZIMMERMAN (2008) pp. 55 y 56.

Existen otros refinamientos que no he consignado porque creo que con lo señalado el lector puede tener una visión suficientemente precisa de lo que sostiene la concepción prospectiva. A los fines del argumento que presento en el texto debe entenderse que las circunstancias que dan lugar a los refinamientos que he reseñado, no se encuentran configuradas.

sobre la base de evidencia insuficiente, entonces el Estado no ha cumplido su obligación moral a la hora de distribuir el castigo.

II. CONCEPCIONES DE OBLIGACIÓN Y PRINCIPIO DE INOCENCIA

Cada una de estos modos de concebir la obligación estatal de castigar y absolver respetando lo establecido por la norma penal sustantiva trae aparejado una manera diferente de concebir el Principio de Inocencia. Lo único que es necesario agregar es una premisa compartida por todos los juristas, que sostiene que la actividad probatoria se encuentra sometida a exigencias legales y que el Estado debe fundar su juicio sobre los elementos que obran en el proceso judicial. Prueba de la centralidad que esta idea posee es que el principio *“quod non est in actis non est in mundo”* remonta sus orígenes hasta el Derecho Romano, aun si se consolidó como un principio jurídico en el siglo XIII.¹⁹ Una consecuencia de este principio es que el decisor no puede fundar su juicio en elementos que se encentren fuera del proceso o que hayan sido incluidos vulnerando las exigencias legales. De acuerdo con Damaska: *“la opinión prevaleciente era que el conocimiento privado y el oficial no debían ser mezclados, y que la toma de decisión debía estar fundada únicamente sobre la información adquirida de manera oficial”*.²⁰

Si uno combina la premisa de que el decisor debe fundar su juicio en los elementos obrantes en el proceso con una concepción objetivista de la obligación estatal, es plausible entender que el principio se refiere a la inocencia material del acusado. Si solo los elementos probatorios incorporados al proceso son relevantes y, adicionalmente, el Estado solo debe castigar a los culpables, es natural concluir que lo que determina la culpabilidad de un individuo son los elementos que obran en el proceso judicial.

Esto conduce a interpretar al principio de inocencia como estipulando que toda persona es inocente, esto es no ha transgredido la norma penal sustantiva, hasta tanto haya sido establecido lo contrario en el proceso judicial. No se trata meramente de que deba ser tratado “como si fuese” inocente antes de que haya sido determinada su culpabilidad, sino de que hasta tanto esto suceda “es” inocente y por eso debe ser tratado de esa manera. Larry Laudan reconstruye este modo de interpretar al Principio de Inocencia como la: *“tendencia novedosa pero actualmente de moda de suponer que si alguien*

¹⁹ Una de las primeras recepciones del principio se encuentra en la decretal de 1216 del Papa Inocencio III. Aunque el principio estuvo en un primer momento unido al carácter escrito del proceso judicial, su aplicación ha sido extendida a los procesos orales.

²⁰ DAMASKA (1986) p. 30.

*es culpable o inocente de un crimen depende de que la prueba ofrecida en el juicio sea suficiente para persuadir a una persona racional de que el acusado es culpable”.*²¹

Algunas expresiones en este sentido suenan llamativas por la peculiar teoría de la verdad sobre la que aparentemente descansan. Así, Henry Chambers, haciendo patente este compromiso con una concepción peculiar de la verdad, ha señalado: *“En el proceso judicial, la inocencia o la culpabilidad real del acusado puede ser una abstracción. Lo que es verdad es aquello que la prueba indica que es verdad”.*²²

Si uno acepta las dos premisas –referidas a la concepción objetiva de obligación y a la exigencia de fundar el juicio en los elementos incorporados al proceso– y desea evitar la conclusión de que la evidencia incorporada al proceso es la que determina la verdad, la única alternativa disponible es señalar que en ciertas ocasiones cuando el Estado actúa sobre la base de la evidencia disponible incumple su obligación de castigar al culpable y absolver al inocente. Tal situación se presenta cuando la evidencia es defectuosa. A pesar de que aparentemente el Estado no ha hecho nada que sea incorrecto –dado que se ha ajustado a la evidencia disponible–, debe concluirse que se ha comportado de manera inadecuada. El carácter defectuoso de la evidencia actúa simplemente como una excusa para el reproche moral que genera la obligación estatal incumplida.

De modo que quien acepta las dos premisas se ve conducido a un dilema cuyos cuernos son igualmente problemáticos. Dado que el Estado ha actuado sobre la base de la evidencia disponible no existe ningún reproche que se le pueda dirigir. Si movido por esta convicción concluye que el Estado ha cumplido con su obligación –aun en el caso de que la evidencia de pie a un juicio falso– y posee una concepción objetivista de obligación, entonces debe necesariamente asumir que lo que es verdad es aquello que la evidencia determina como verdad. El proceso constituye aquello que es verdad. Si, por el contrario, concluye que el Estado no es reprochable meramente porque la evidencia defectuosa actúa como una excusa, entonces debe asumir que aunque el Estado ha seguido todas las pautas procesales, no ha cumplido con su obligación moral de castigar y absolver.

El carácter altamente problemático que tiene este segundo extremo – que implica asumir que el Estado, aunque cuenta con reglas procesales

²¹ LAUDAN (2006) p. 11.

²² CHAMBERS (1998) p. 668.

completamente justificadas y se ha comportado de modo diligente en la recolección y evaluación de las pruebas, es posible que haya incumplido con su obligación moral de castigar y absolver— explica en parte por qué, como señala Laudan, la concepción de la verdad constituida por la evidencia disponible ha cobrado auge en el último tiempo.

Si se combina la premisa que manda fundar el juicio en los elementos probatorios incorporados al proceso con una concepción subjetivista de la obligación estatal de castigar, aparece una manera alternativa de concebir el Principio de Inocencia. Dado que para este modo de concebir la obligación moral lo relevante son las creencias del agente, el principio ahora debe ser entendido como prescribiendo qué creencias debe tener el encargado de juzgar los hechos. Específicamente, el principio establece que el juzgador a la hora de iniciarse el proceso debe creer en la inocencia del acusado. El principio pretende garantizar que las creencias del juzgador hayan sido generadas solo por los elementos probatorios obrantes en la causa.

Este modo subjetivo de concebir la obligación estatal de castigar permite explicar por qué ha sido usual utilizar estándares de prueba subjetivos en el proceso judicial. Las diferentes interpretaciones que se han ofrecido del estándar de “duda razonable” no son sino solo un ejemplo. En sus orígenes el estándar de prueba judicial exigía que el juzgador tuviese completa certeza de la culpabilidad del acusado antes de dictar un veredicto condenatorio. Por supuesto, esta certeza debía provenir de los elementos probatorios incorporados al proceso y el juzgador debía partir de la creencia de que el acusado era inocente. Tanto el principio de inocencia como el estándar de prueba tenían un carácter subjetivo.

Este carácter subjetivo permaneció inalterado cuando se pasó del estándar de la certeza al de la “duda razonable”. Tampoco ha perdido su carácter subjetivo el modo correlativo de interpretar el principio de inocencia. Ante la imposibilidad demostrada de que pudiese alcanzarse una completa certeza sobre asuntos contingentes como los abordados en un proceso judicial, el estándar de prueba se volvió menos exigente. Ahora no se exigía certeza sino solo certeza moral.²³ De acuerdo con Laudan: *“Lo que caracterizaba a las creencias moralmente ciertas era que, aunque en teoría se encontraban*

²³ La formulación canónica del principio de “duda razonable” en términos de “certeza moral” se encuentra en el fallo dictado en la causa *Commonwealth v. Webster* por la Corte Suprema del Estado de Massachusetts durante el año 1850. El juez Lemuel Shaw, presidiendo la Corte, señaló en su voto que *“the evidence must establish the truth of the fact to a reasonable and moral certainty”*.

sujetas a la duda de los escépticos, no existía en la práctica ningún fundamento real o racional para dudar. De aquí surgió la idea de que un veredicto de culpabilidad exigía que el jurado creyese más allá de una duda razonable o con certeza moral en la culpabilidad del acusado".²⁴

Por razones vinculadas con el carácter problemático de apelar a cualquier estándar moral, la interpretación de la "duda razonable" a partir de la "certeza moral" fue abandonada. A la vez que la Corte Suprema estadounidense adoptaba ese estándar de prueba, señalaba que el mismo no podía definirse a partir de la certeza moral²⁵, porque esto podía transmitir al juzgador la errónea idea de que podía basar sus creencias acerca de la culpabilidad del acusado en sentimientos morales o emociones, en lugar de hacerlo sobre la evidencia.²⁶ Desde entonces diferentes maneras de interpretar la "duda razonable" han sido ofrecidas por la dogmática y los tribunales estadounidenses.²⁷

Todas estas interpretaciones alternativas han mantenido su carácter subjetivo. Según la primera, lo que la "duda razonable" exige es que a la hora de condenar el juzgador crea que el acusado es culpable con la misma fuerza que tienen las creencias sobre las que basa decisiones vitales importantes. El principio de inocencia le exige creer al juzgador que el acusado no es culpable y, correlativamente, el estándar de la "duda razonable" solo corporiza la idea de que esta creencia en la inocencia solo puede ser derrotada por otra en sentido contrario dotada con la misma fuerza que poseen las convicciones

²⁴ LAUDAN (2006) p. 33.

²⁵ En el fallo *Victor v. Nebraska* de 1994 la jueza de la Corte Suprema de Estados Unidos, Sandra Day O'Connor, señalaba de modo contundente que "(...) *this Court does not condone the use of the antiquated 'moral certainty' phrase (...)*". No obstante, la jueza consideraba que el uso de esta expresión en las instrucciones brindadas al jurado no volvía inconstitucional la sentencia bajo revisión. En el mismo fallo el juez Harry Blackmun consideró que la referencia a la certeza moral en las instrucciones brindadas al jurado vulneraba la cláusula del Debido Proceso de la Constitución de Estados Unidos. Tal utilización, señalaba Blackmun, ya había sido desacreditada por la Corte en 1990 en el caso *Cage* donde se establece que "(...) *the reference to 'moral certainty', rather than evidentiary certainty, it becomes clear that a reasonable juror could have interpreted the instruction to allow a finding of guilt based on a degree of proof below that required by the Due Process Clause*".

²⁶ El estándar de la "duda razonable" fue dotado de rango constitucional por la Corte Suprema estadounidense en el caso *Winship* de 1970. La Corte señaló que el estándar debía entenderse que se encontraba incorporado en la Decimocuarta Enmienda.

²⁷ Para presentar las diferentes maneras en las que ha sido concebida la "duda razonable" he seguido lo que señala LAUDAN (2006), p. 36 y ss.

sobre las que hemos adoptado las decisiones que poseen mayor relevancia en nuestra propia vida.²⁸

Según la segunda interpretación, el estándar de la “duda razonable” requiere que el juzgador condene solo si cree en la culpabilidad del acusado, y lo hace con un grado de certeza tal que haría que una persona prudente no dudase en actuar. Si una persona prudente no tendría dudas en condenar al acusado, de tener la misma creencia en su culpabilidad que posee el juzgador, entonces el estándar de la “duda razonable” ha sido satisfecho.²⁹

La tercera interpretación también señala que el juzgador debe condenar si cree que el acusado es culpable. Solo que ahora debe tratarse de una creencia arraigada, estable. Solo si el juzgador tiene una creencia firme –como opuesta a cambiante– en la culpabilidad de aquel a quien se acusa, está justificado que ordene su condena.³⁰

Por último, la cuarta interpretación también posee carácter subjetivo. De acuerdo con este modo de concebir la “duda razonable”, el juzgador debe condenar solo si no existe ninguna duda sobre la culpabilidad del acusado para la que pueda ofrecerse alguna razón. Dicho de otro modo, una duda es razonable si puede brindarse algún tipo de razón que la respalde. Por el contrario, si la duda es infundada, entonces es irrazonable.³¹

²⁸ Una muestra de la utilización de este estándar puede encontrarse, señala Laudan, en el modelo de instrucción para los jurados emitido por la Corte del Quinto Circuito, que señala en su punto 1.5: “A ‘reasonable doubt’ is a doubt based upon reason and common sense after careful and impartial consideration of all the evidence in the case. Proof beyond a reasonable doubt, therefore, is proof of such a convincing character that you would be willing to rely and act upon it without hesitation in making the most important decisions of your own affairs”.

²⁹ Esta interpretación del estándar ha sido incorporada en el modelo de instrucción para los jurados elaborado por la Corte del Segundo Circuito. Allí se afirma que “A reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense – the kind of doubt that would make a reasonable person hesitate to act. Proof beyond a reasonable doubt must, therefore, be proof of such a convincing character that a reasonable person would not hesitate to rely and act upon it in the most important of his own affairs”.

³⁰ La interpretación ha sido adoptada por la instrucción n° 103 del Judicial Council of California que sostiene: “Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you with an abiding conviction that the charge is true. The evidence need not eliminate all possible doubt because everything in life is open to some possible or imaginary doubt”.

³¹ Esta interpretación fue adoptada por diferentes tribunales y declarada errónea por sendos fallos de los tribunales de alzada. Así, por ejemplo, el tribunal de juicio la adoptó en el

El hecho de que el estándar de prueba judicial sea concebido en términos subjetivos ha comenzado recientemente a preocupar a los juristas. De acuerdo con Laudan: *“Esta focalización en el estado mental del jurado es algo más que una pequeña curiosidad. Supongamos que tratamos de enseñar a jóvenes científicos cuándo una teoría fue aceptable diciéndoles cuál debería ser su estado mental cuando ellos deberían aceptar una teoría. Tal consejo sería visto como una tontería. Trate de imaginar a un matemático señalando que ha probado un nuevo teorema y que la prueba consiste en el hecho de que él cree el teorema sin la menor duda. Sus colegas estarían sorprendidos puesto que lo que establece que un teorema matemático es un teorema es el carácter robusto de su prueba, no la confianza de su descubridor”*.³²

Esta curiosidad propia del proceso judicial –consistente en adoptar un estándar subjetivo de prueba– puede ser explicada a partir de la adopción de una concepción subjetiva de obligación. Si uno adopta una concepción subjetiva de la obligación moral, e interpreta a partir de ella la obligación estatal de castigar respetando lo establecido por la norma penal sustantiva, es natural focalizarse en los estados mentales del juzgador. Siendo este el caso, es igualmente natural interpretar al principio de inocencia como prescribiendo cuáles son las creencias que debe tener el encargado de determinar los hechos al momento de iniciarse el proceso.

Finalmente, si se adopta una concepción prospectiva de obligación moral y se la combina con el principio que sostiene que lo único que posee relevancia son los elementos probatorios incorporados al proceso, aparece un tercer modo de concebir el Principio de Inocencia. Puesto que para la concepción prospectiva de obligación lo que interesa es solo la evidencia disponible para el Estado –esto es la efectivamente incorporada al proceso–, el principio simplemente prescribe al encargado de juzgar los hechos que acepte al iniciarse el proceso que no existe ninguna evidencia en contra del acusado. El principio de inocencia simplemente le recuerda al juzgador que cuando el proceso se inicia no existe ninguna evidencia disponible para el Estado. El hecho de que el acusado haya sido considerado como sospechoso de cometer un delito, haya sido detenido y sometido a juicio, no deben constituir evidencia de su culpabilidad para quien va a juzgar los hechos.

Laudan propone interpretar el principio de inocencia de esta última manera, aunque no vincula su propuesta con un modo específico de concebir la

fallo *Burnett v. Nebraska* de 1910. La Corte de Apelación sostuvo que se trataba de un error y revirtió la sentencia.

³² LAUDAN (2006) pp. 51 y 52.

obligación estatal de castigar. En primer lugar, propone distinguir entre lo que denomina “inocencia material” e “inocencia probatoria”. La primera hace referencia al hecho de que el acusado no ha transgredido efectivamente el mandato legal. La segunda, en cambio, solo señala que no existe evidencia disponible para el Estado que permita concluir que la transgresión ha sido cometida.³³ En segundo lugar, sostiene que el Principio de Inocencia se vincula con la “inocencia probatoria”.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Laudan afirma que un buen evaluador de los hechos “*es alguien dotado de apertura mental acerca del resultado eventual del proceso judicial y no se siente bajo ninguna obligación, ni siquiera en una posición, de asignar probabilidades –empatadas o no– acerca del resultado del proceso. Lo que es importante es que el jurado reconozca que ahora no tiene ninguna prueba sobre la culpabilidad y que, por lo tanto, carece de cualquier indicio sobre qué lado eventualmente prevalecerá. El punto crucial es que el jurado debe estar dispuesto a aceptar, sin ninguna reserva, la tesis de la inocencia, sin importar las hipótesis tentativas que pueda haber tenido sobre la culpabilidad y la inocencia*”.³⁴

Resumiendo lo expuesto hasta aquí, existen tres maneras alternativas de concebir el Principio de Inocencia según que se adopte una concepción objetiva, subjetiva o prospectiva de la obligación estatal de castigar. En el primer supuesto, el principio señala que toda persona “es” inocente si no ha sido demostrado en juicio lo contrario. En el segundo, el principio le indica al juzgador que al momento de iniciarse el proceso debe creer en la inocencia material del acusado. Finalmente, si uno se inclina por la tercera alternativa el principio le prescribe al juzgador que acepte que al iniciarse el proceso no existe ninguna evidencia a favor de la culpabilidad del acusado.

³³ De acuerdo con LAUDAN (2006) p. 12, “*es legítimo, y en algunos contextos esencial, distinguir entre la aseveración que ‘Jones is culpable’ en el sentido que ha cometido un crimen, y la aseveración que ‘Jones es culpable’ en el sentido que el sistema legal lo ha condenado. Propongo denominar al primer sentido culpa material (en lo sucesivo, culpam) y al segundo culpa probatoria (culpap). Claramente, la culpap no implica la culpam y viceversa. De manera similar, podemos distinguir entre la inocencia material de Jones (inocenciam), en el sentido que él no cometió el crimen, y su inocencia probatoria (inocenciap), en el sentido que fue absuelto o de algún otro modo se vio liberado del escrutinio judicial*”.

³⁴ LAUDAN (2006) pp. 105 y 106.

III. DE LA CONCEPCIÓN CORRECTA DE OBLIGACIÓN A LA CONCEPCIÓN CORRECTA DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Las razones que se han ofrecido en la literatura para inclinarse por alguna interpretación del principio de inocencia han sido variadas. Mientras algunos, como Laudan, han apelado a las funciones que el principio desempeña dentro del proceso judicial para mostrar que concebirlo de cierto modo es inapropiado e innecesario³⁵; otros, como Antony Duff³⁶, han elaborado su interpretación preferida a partir de consideraciones de moralidad política.³⁷

Las que voy a ofrecer en esta sección son razones de un tipo diferente. Habiendo establecido que las interpretaciones del principio de inocencia se apoyan en diferentes maneras de concebir la obligación moral, me dedicaré a mostrar cuál de estas concepciones considero que es la correcta. Específicamente, enunciaré las razones que pueden ofrecerse a favor de una concepción prospectiva de obligación. El resultado final de este movimiento argumentativo habrá sido construir un caso a favor de la interpretación del Principio de Inocencia según la cual éste simplemente prescribe al juzgador aceptar que al inicio del proceso no existe ninguna evidencia que respalde la culpabilidad del acusado.

Zimmerman ha dirigido un poderoso ataque en contra de las concepciones objetiva y subjetiva de obligación, argumentando a la vez a favor de la variante prospectiva. Por lo que respecta a la concepción subjetiva Zimmerman ha señalado algunas de las consecuencias contraintuitivas que se siguen de adoptarla. En primer lugar, si la concepción fuese cierta entonces todos los agentes poseerían una especie de infalibilidad moral. Dado que la concepción vuelve nuestras obligaciones morales una función de nuestras creencias, y dado que tenemos un acceso directo a nuestras propias creencias, determinar a qué estamos obligados sería solo una cuestión de introspección. Así como no podemos equivocarnos a la hora de determinar lo que creemos, si excluimos los errores de inferencia, tampoco podríamos equivocarnos al determinar a qué estamos moralmente obligados.³⁸

³⁵ LAUDAN (2006) pp. 100 y ss.

³⁶ DUFF (2013).

³⁷ También he ofrecido una interpretación del principio de inocencia –semejante a la que defiendo en este texto– sobre la base de consideraciones de moralidad política en “Legitimidad, Lealtad Cívica e Inocencia”, *Revista Jurídica de la Universidad San Andrés*: paper en prensa.

³⁸ ZIMMERMAN (2008) pp. 13 y 14.

En segundo lugar, de ser cierta la concepción subjetiva de obligación, existiría un modo expeditivo y espurio de eximirnos de nuestras obligaciones morales. Bastaría simplemente que no prestásemos la suficiente atención a las circunstancias en las que nos encontramos. Si debido a nuestra propia negligencia fallamos en advertir que un curso de acción es el mejor, y por tanto no llegamos a creer que lo es, entonces no estamos moralmente obligados a realizarlo.³⁹ En tercer término, bastaría que alguien creyese que lo que está llevando adelante es el mejor curso de acción, para que haya cumplido su obligación moral. Sin importar la cantidad y calidad de la evidencia sobre la que funda su creencia, actuar de acuerdo con ella sería suficiente para satisfacer su obligación. Así, por ejemplo, sería suficiente que Hitler hubiese creído que matar judíos era el mejor curso de acción, para que nos viésemos conducidos a sostener que se encontraba moralmente obligado a hacerlo.⁴⁰

Por último, Zimmerman arguye que aceptar la concepción subjetiva de obligación moral conduce a vulnerar el principio de que “debe” implica “puede”. Si creemos falsamente que podemos hacer algo y adicionalmente creemos que se trata del mejor curso de acción, entonces con total independencia de que en realidad no sea posible para nosotros realizar la acción, tenemos la obligación moral de realizarla.⁴¹

Las razones en contra de la concepción objetivista de obligación son más sutiles. Algunos casos hipotéticos, ideados por el propio Zimmerman, pueden ser de utilidad para comprenderlas. Imaginemos que una médica (Jill) tiene un paciente (John) quien sufre de una afección a la piel. Jill tiene la opción de administrarle a John tres drogas: A, B y C. Jill, adicionalmente, dispone de cierta evidencia sobre los resultados que serán producidos por cada droga: *“Toda la evidencia de la que dispone Jill indica (de modo acertado) que darle a John la droga B lo curaría parcialmente y darle ninguna droga volvería su enfermedad incurable, pero también indica (de modo desacertado) que darle la droga C lo curaría completamente y darle la droga A lo mataría”*.⁴² En realidad, en contra de la evidencia disponible, darle la droga C lo matará y darle la A lo curará completamente.

Frente a este caso, quienes defienden la concepción objetivista de obligación, señalarían que, si la médica, basada en la evidencia, le da la droga C –causándole la muerte– no ha cumplido su obligación moral, puesto que

³⁹ *Ídem.*, p. 14.

⁴⁰ *Ídem.*, p. 15.

⁴¹ *Ídem.*, pp. 15 y 16.

⁴² *Ídem.*, p. 17.

el mejor curso de acción –contrario a lo que la evidencia sugería– era administrarle la droga A. No obstante, su falta de conocimiento hace que la transgresión no le sea moralmente reprochable. Este modo de interpretar el caso le permite a los objetivistas acomodar la intuición moral de que nada puede reprocharse al médico, sin tener que concluir que nada tenemos para reprocharle porque no hay ninguna obligación que haya transgredido. Su obligación era adoptar el mejor curso de acción, señala el objetivista, y no la ha cumplido. No obstante, no hay reproche porque la errónea evidencia de la que disponía actúa como excusa moral.

Trasladado a la obligación estatal de castigar, si el Estado no condena a un culpable debido a la falta de evidencia, entonces no es reprochable moralmente por haber incumplido con su obligación. Esta manera de entender la obligación de castigar da lugar a una curiosa asimetría que he explorado en otro lugar.⁴³ Aunque el Estado puede excusarse en base a la falta de evidencia, el mismo camino no queda disponible para el abogado que, conociendo la culpabilidad de su cliente, arguye por su absolución cuestionando la validez y la fuerza del material probatorio. Tal cosa es así porque la evidencia disponible para el Estado es diferente de la que está disponible para el abogado que conoce la culpabilidad de su defendido. El abogado no puede esgrimir ignorancia para eximirse del reproche moral por incumplir el deber de no contribuir de modo deliberado a que el Estado no satisfaga su obligación de castigar al culpable.⁴⁴

La clave de la respuesta objetivista al caso recién planteado es, por un lado, la distinción entre que un acto sea moralmente incorrecto y que el agente que lo realiza sea moralmente reprochable y, por otro, la tesis de que la incertidumbre o la evidencia defectuosa es una excusa a la reprochabilidad pero no incide a la hora de determinar cuál es la acción correcta. Lo correcto sigue siendo elegir la alternativa cuyos resultados son efectivamente los mejores.

No obstante, si uno altera ligeramente el caso, la respuesta de la concepción objetiva pierde su plausibilidad, lo cual es una razón para cuestionar su corrección. El caso que sirve para cuestionar a la concepción objetiva es uno

⁴³ SELEME (2013).

⁴⁴ Aunque creo que esta asimetría entre el reproche moral que recibe el Estado y el abogado puede verse como un indicio de lo defectuoso de la concepción objetiva de obligación, no perseguiré este punto aquí.

ideado por Frank Jackson.⁴⁵ El mismo es semejante al recién presentado, solo cambia la evidencia disponible. Ahora, *“toda la evidencia de la que dispone Jill indica (de modo acertado) que darle a John la droga B lo curaría parcialmente y no darle ninguna droga volvería su enfermedad incurable, pero deja completamente indeterminado si darle la droga A o la C lo curaría completamente o si darle la droga A o la C lo mataría”*.⁴⁶ En estas circunstancias, ¿qué debería hacer Jill?, ¿cuál es su obligación moral?

Nuestra intuición moral frente a este caso es que la médica tiene la obligación moral de administrarle al paciente la droga B. No obstante, esta es una respuesta de la cual la concepción objetiva no puede dar cuenta. La distinción entre la incorrección de la acción y la reprochabilidad moral del agente –y la apelación a la incertidumbre como excusa del reproche moral– no son aquí de utilidad. Jill no puede decir –como sí podía en el caso anterior– que al darle la droga B estaba intentando hacer lo que era mejor para John dada la evidencia de la que disponía. La razón de ello es clara, en este caso la evidencia indica que darle la droga B no producirá el mejor resultado. El mejor resultado se produciría si le diese la droga A o C. Administrarle la droga B es el segundo mejor curso de acción, no el primero. Que nuestra intuición frente al caso sea que Jill está obligada moralmente a administrar la droga B muestra que no consideramos que lo moralmente obligatorio sea adoptar el mejor curso de acción disponible para el agente. Es decir, no consideramos que la concepción objetiva de obligación sea correcta.

El ejemplo adicionalmente sirve para mostrar que la concepción de obligación que permite acomodar nuestras intuiciones es la prospectiva. De acuerdo con Zimmerman, darle a John la droga B es lo que llamaré prospectivamente mejor, en tanto es lo que le da a Jill la mejor perspectiva de alcanzar lo que es de valor en la situación (a saber, la recuperación de la salud de John).⁴⁷ Como he señalado, y el caso muestra con claridad, que algo sea prospectivamente mejor, por su parte, no equivale a que probablemente sea lo mejor. En el caso de Jackson, Jill sabe con total certeza que darle la droga B no es el mejor curso de acción, sino el segundo mejor, y aun así cree que es lo mejor que puede hacer. Es lo mejor en sentido prospectivo. Lo prospectivamente mejor es el curso de acción que maximiza el valor esperado.

⁴⁵ ZIMMERMAN (2008), pp. 9 y 10, reconoce que este caso fue el que le hizo revisar su convicción de que la incertidumbre debía funcionar solo como una excusa al reproche moral pero no debía alterar nuestras obligaciones morales.

⁴⁶ La presentación que hace ZIMMERMAN del caso es ligeramente diferente de la que hace Jackson, aunque ambas versiones son idénticas en sus elementos esenciales.

⁴⁷ ZIMMERMAN (2008) pp. 18 y 19.

Para entender la idea puede ser de utilidad ofrecer la reconstrucción formal que Zimmerman hace del caso de Jill utilizando la idea de valores esperados en base a probabilidades epistémicas. Dado que existen cuatro posibles resultados –cura total, cura parcial, incurabilidad y muerte– y que el mejor resultado es el primero y el peor el último, imaginemos que sus valores actuales son respectivamente 50, 40, 0 y -100. Las opciones, o cursos de acción alternativos son cuatro: administrar la droga A, la B, la C o no administrarle ninguna. La probabilidad –en base a la evidencia disponible para Jill– de que cada curso de acción produzca cierto resultado son: si le administra la droga B existe una certeza completa de cura parcial (la probabilidad de cura parcial es 1), si le administra la A existe una igual probabilidad de cura total o muerte (la probabilidad de cura total es 0,5 y la probabilidad de muerte es 0,5), idénticas probabilidades se aplican a la opción de administrarle la droga C, finalmente, si no le administra ninguna droga existe una certeza completa de incurabilidad permanente (la probabilidad de incurabilidad es 1).

Si ponderamos el valor de cada resultado posible de un curso de acción con la probabilidad de que acaezca, obtenemos el valor esperado de dicho curso de acción. Así, el valor esperado de cada curso de acción es:

$$\text{- Administrar A} = [(50 \times 0,5) + (-100 \times 0,5)] = -25.$$

$$\text{- Administrar C} = [(50 \times 0,5) + (-100 \times 0,5)] = -25.$$

$$\text{- Administrar B} = (40 \times 1) = 40.$$

$$\text{- No administrar ninguna} = (0 \times 1) = 0^{48}.$$

La intuición moral de que lo moralmente obligatorio es administrarle a John la droga B muestra que no consideramos que sea obligatorio moralmente adoptar el mejor curso de acción, puesto que administrar la droga B no es el curso de acción con el mayor valor actual. No obstante, administrar la droga B maximiza un valor, maximiza el valor esperado de acuerdo a la evidencia disponible para el agente, lo que sirve para dar sustento a la concepción prospectiva.⁴⁹

⁴⁸ Los valores y las probabilidades son atribuidos de modo arbitrario –puesto que se trata de un caso hipotético– pero a pesar de ello sirven para mostrar el atractivo de la concepción prospectiva.

⁴⁹ La concepción prospectiva se diferencia tanto de la concepción objetiva –porque lo moralmente obligatorio es sensible al cuerpo de evidencia disponible para el sujeto– como de la subjetiva –porque lo moralmente obligatorio no depende de las creencias que el su-

De modo que lo que muestra el caso es que nuestras obligaciones morales pueden verse alteradas de acuerdo a la evidencia que tengamos disponible en cada circunstancia. La obligación moral consiste en adoptar el curso de acción que es prospectivamente mejor, esto es, el que tiene el mayor valor esperado. El valor esperado de un curso de acción, por su parte, depende de la probabilidad epistémica de sus resultados, y el grado de probabilidad epistémica depende de la evidencia disponible para el agente.

Ahora bien, como he señalado al presentar la concepción prospectiva de obligación, lo prospectivamente mejor es una función no solo de la evidencia disponible, sino –adicionalmente– del grado de confiabilidad de la evidencia. Lo prospectivamente mejor es una función del valor esperado y de la confiabilidad de la evidencia. La idea puede también graficarse con una variante del caso de Jill. Imaginemos la siguiente situación: *“Jill tiene que elegir entre dos drogas, A y B, cual administrarle a John. Para cada droga la probabilidad para Jill de que administrarla cure completamente a John es 0,7, y la probabilidad de que no sea efectiva pero inocua es de 0,3. La droga A ha sido ampliamente investigada; los datos son abundantes. La droga B casi no ha sido investigada, en verdad los datos son muy pobres”*.⁵⁰ En este caso, concluye Zimmerman, nuestra intuición moral es que Jill debería dar a John la droga A y no debería darle la B, aun si el valor esperado de cada opción es el mismo. Nuestra intuición sería la misma aun si el valor esperado de administrarle la droga A fuese ligeramente inferior al de darle B.

Otro caso hipotético puede servir de ayuda para trasladar lo señalado al dominio del proceso judicial. Imaginemos que un individuo se encuentra acusado de homicidio y la prueba rendida en el juicio ha sido meramente circunstancial. Sin embargo, el individuo es efectivamente culpable. El Estado –representado en aquel a quien ha conferido poder para juzgar los hechos– tiene dos cursos de acción alternativos: condenar al imputado o absolverlo. Cada uno de estos cursos de acción tiene dos resultados posibles: la condena

jeto efectivamente posea–. Si alguien quiere poner de manifiesto que la concepción prospectiva no es subjetiva diciendo que se trata de una concepción objetiva, no existe ningún problema en hacerlo. Lo único que es necesario tener en mente es que siguen existiendo tres tipos diferentes de concepciones de obligación: uno que es insensible a los estados mentales y a la evidencia disponible, otro que es sensible a la evidencia disponible y otro que es sensible a los estados mentales. Qué rótulo pongamos a estas concepciones –por ejemplo, que denominemos a las dos primeras como variantes de objetivismo que se diferencian de la tercera– no tiene ninguna consecuencia para el argumento que se ofrece en el texto. Agradezco a un árbitro anónimo el haberme sugerido explicitar este punto.

⁵⁰ ZIMMERMAN (2008) p. 55.

de un culpable o la condena de un inocente; la absolución de un culpable o la absolución de un inocente. Dada la escasa evidencia confiable disponible para el decisor, supongamos que la probabilidad epistémica de que absuelva a un inocente es 0.9 y la de absolver a un culpable es 0.1, la de condenar a un inocente es 0.9 y la de condenar a un culpable es 0.1. Imaginemos que los valores actuales de cada resultado reflejan que el mejor resultado posible es absolver a una persona si es inocente y el peor es condenarla. Con esto en mente los valores actuales podrían estipularse del siguiente modo: absolver a una persona inocente 100, condenar al culpable 80, absolver al culpable -80, y condenar al inocente -100. En el presente caso, dado que el imputado es culpable, condenar es el curso de acción que posee el mayor valor actual.

Si la concepción objetiva de obligación fuese correcta, entonces el Estado tendría la obligación de condenar, puesto que es el mejor curso de acción. Sin embargo, como he mostrado, la concepción objetiva es incorrecta y lo que el Estado debe hacer depende no solo del valor actual de cada curso de acción, sino de la probabilidad epistémica de cada uno de sus resultados posibles y de la confiabilidad de la evidencia sobre la que se funda. El Estado debe seguir el curso de acción que es prospectivamente mejor. El valor prospectivo de cada curso de acción para el caso es el siguiente:

Condenar = (0.1 probabilidad de culpa X 80) + (0.9 probabilidad de inocencia X -100) = -82.

Absolver = (0.1 probabilidad de culpa X -80) + (0.9 probabilidad de inocencia X 100) = 82.

A pesar de que condenar es el mejor curso de acción tiene el mayor valor actual de las alternativas disponibles, 80 frente a -80 de absolver, absolver es el curso de acción prospectivamente mejor, con un valor de 82. Lo que el Estado está obligado a hacer en este caso es absolver, con total independencia de que el individuo efectivamente sea culpable. Su obligación moral es adoptar el curso de acción –condenar o absolver– que sea el mejor prospectivamente dado el valor actual de condenar o absolver a personas inocentes o culpables, dada la probabilidad epistémica de que el imputado sea culpable o inocente medida a partir de la evidencia producida en el juicio y disponible para el Estado y de la confiabilidad de la misma.

Si este es el modo correcto de concebir la obligación estatal de castigar, entonces el principio de inocencia no debe interpretarse ni como estipulando que toda persona “es” inocente si no ha sido demostrado en juicio lo contrario, ni como prescribiendo al juzgador que crea en la inocencia material del acusado al momento de iniciarse el proceso. Por el contrario, el principio

manda al juzgador que acepte que al iniciarse el proceso no existe ninguna evidencia que sirva para inculpar al acusado. El principio meramente estipula que cualquier evidencia que el juzgador pudiese tener acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado que no haya sido incorporada al proceso, carece de valor y no debe ser considerada a la hora de administrar el castigo.

CONCLUSIONES

El argumento que he presentado nos ha dejado con conclusiones de diferente nivel. En primer lugar, ha sido establecido que existe una relación entre el modo de concebir la obligación moral, la manera de entender la obligación estatal de castigar y absolver, y la forma en que se da contenido al principio de inocencia. Esta primera conclusión posee relevancia ya que las maneras corrientes de interpretar el Principio de Inocencia se apoyan en consideraciones vinculadas con el proceso judicial o con la teoría política y ninguna atención ha sido prestada a las consideraciones vinculadas con la manera en que se concibe la obligación moral.

En segundo lugar, han sido esquematizadas tres maneras diferentes de concebir al Principio de Inocencia según que la obligación estatal de administrar el castigo respetando las exigencias de la norma penal sustantiva se conciba de manera objetivista, subjetivista o prospectivista. Lo novedoso de esta segunda conclusión, no reside en las tres formas identificadas de interpretar el Principio. La novedad reside en haber mostrado la vinculación entre estas tres concepciones usuales del Principio de Inocencia con las tres concepciones usuales de obligación moral.

En tercer lugar, se han ofrecido razones a favor de la concepción prospectiva de obligación moral que a su vez sirven para descartar sus contrincentes objetivistas y subjetivistas. Dada la vinculación de esta concepción prospectiva con una manera específica de concebir el Principio de Inocencia, el resultado ha sido ofrecer razones a favor de interpretar el Principio de una manera determinada. Específicamente, el principio debe entenderse como estipulando que el juzgador de los hechos al momento de iniciarse el proceso debe aceptar que no existe ninguna evidencia a favor de la culpabilidad del acusado.

Estas conclusiones son parcialmente independientes entre sí. Puede aceptarse que el modo de concebir la obligación moral incide sobre la manera de interpretar el Principio de Inocencia sin aceptar la manera específica en que el trabajo las vincula, y sin considerar que la interpretación del Principio de Inocencia correlativa con la concepción prospectivista de obligación es la correcta. Adicionalmente, es posible aceptar que las tres interpretaciones

ofrecidas del Principio de Inocencia efectivamente son correlativas de las tres concepciones de obligación moral y, al mismo tiempo, no aceptar que la concepción prospectivista de obligación, ni su interpretación asociada del Principio, es la adecuada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CÁRDENAS, Raúl (2006): *La Presunción de Inocencia* (2° edición, México, Porrúa).

CHAMBERS, Henry (1998): "Reasonable Certainty and Reasonable Doubt", *Marquette Law Review*, vol. n° 81 n° 3: pp. 655–704.

DAMASKA, Mirjan (1986): *Faces of Justice and State Authority* (New Haven and London, Yale University Press).

DUFF, Antony (2013): "Who Must Presume Whom to Be Innocent of What?", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, vol. 42 n° 3: pp. 170–192.

JACKSON, Frank (1991): "Decision-theoretic Consequentialism and the Nearest and Dearest Objection", *Ethics*, vol. n° 101: p. 461–482.

LADENSON, Robert (1980): "In Defense of a Hobbesian Conception of the Law", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9: pp. 134–159.

LAUDAN, Larry (2006): *Truth, Error and Criminal Law* (Cambridge, Cambridge University Press).

MAIER, Julio (1996): *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto).

MANZINI, Vizenzo (1951): *Tratado de Derecho Procesal* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas).

MARTÍNEZ, Zarezka (2005): "Presunción de Inocencia en el Proceso Penal", *Justicia y Derecho*, n° 5: pp. 23–35.

MOORE, George (1912): *Ethics* (Oxford, Oxford University Press).

NOGUEIRA, Humberto (2005): "Consideraciones Sobre el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia", *Ius et Praxis*, vol. 11 n° 1: pp. 221–241.

PRICHARD, Harold (1949): "Duty and Ignorance of Fact", en *Moral Obligation* (Oxford, Clarendon Press) pp. 18–39.

ROSS, William (1930): *The Right and the Good* (Oxford, Clarendon Press).

_____ (1939): *Foundations of Ethics* (Oxford, Clarendon Press).

SELEME, Hugo Omar (2013): "Defending the Guilty: A Moral Justification", *Ethical Perspectives*, vol. 20 n° 2: pp. 299–327.

ZIMMERMAN, Michael (2008): *Living with Uncertainty* (Cambridge, Cambridge University Press).

NORMAS JURIDICAS CITADAS

Código Procesal Penal del 29 de marzo de 2017.

Constitución española del 27 de diciembre de 1978.

Convención Americana sobre Derechos Humanos del 7 de noviembre de 1969.

Convención Europea de Derechos Humanos del 4 de noviembre de 1950.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelación de Nebraska (1910) *Burnett v. Nebraska*, 86 Neb. 11.

Corte del Quinto Circuito, Committee on Pattern Jury Instructions (2015), *Pattern Jury Instructions (Criminal Cases)*. Disponible en: <<http://www.lb5.uscourts.gov/juryinstructions/>>, fecha de consulta: 10 febrero 2017.

Corte del Segundo Circuito, *General Instructions for Criminal Cases*. Disponible en: <<http://federalevidence.com/evidence-resources/federal-jury-instruction>>, fecha de consulta: 10 febrero 2017.

Corte Suprema de Estados Unidos (1895) *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432.

Corte Suprema de Estados Unidos (1970) *In re Winship*, 397 U.S. 358.0.

Corte Suprema de Estados Unidos (1990) *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39.

Corte Suprema de Estados Unidos (1994) *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1.

Corte Suprema del Estado de Massachusetts (1850) *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 295-320.

Judicial Council of California (2016), *Criminal Jury Instructions CALCRIM*, 1, series 1-1800. Disponible en: <http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf>, fecha de consulta: 10 febrero 2017.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA EN CHILE: EL CASO DE LA LEY QUE PROPONÍA EL REGISTRO DE USUARIOS DE CIBERCAFÉS

*Right to the protection of private life
in Chile: the proposal of cybercafé
users's registration*

JAANA BRAZ RODRIGUES*
Centro de Derecho Internacional
Belo Horizonte, Brasil

RESUMEN: El 5 de enero de 2011, la Cámara de Diputados de Chile somete a control preventivo de constitucionalidad un proyecto de ley sobre la coacción del acoso sexual de menores, posesión de material pornográfico y pornografía infantil virtual o simulada, conductas definidas en los artículos 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal. El 12 de julio de 2011, el Tribunal Constitucional (TC) emite su decisión, en el ámbito de la causa Rol n° 1894-2011-CPR. A propósito del dispositivo del proyecto que propone el Registro de Usuarios de Cybercafé que, en teoría, cometen dichos delitos impunemente, el fallo trata de temas polémicos y relevantes, tales como: la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de

* Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Especialista en Derecho Internacional del Centro de Estudios en Derecho y Negocios. Abogado de la Universidad Federal de Minas Gerais. Coordinadora de proyectos y profesora del Centro de Derecho Internacional, Belo Horizonte, Brasil. Investigadora de la Comisión de la Verdad en Minas Gerais. Correo electrónico: <jaana-braz@gmail.com>.

Comentario recibido el 3 de enero de 2017 y aceptado para publicación el 15 de enero de 2017.

la vida privada y el principio de la reserva legal. Tras transcribir los fundamentos principales del fallo y de las opiniones disidentes, este artículo propone una serie de cuestionamientos y reflexiones acerca de los temas tratados.

PALABRAS CLAVE: *derecho a la vida privada, derechos y garantías individuales, control de constitucionalidad.*

ABSTRACT: *On January 5th, 2011, the Chamber of Deputies of Chile submits to preventive constitutional review a draft law on coercion of sexual harassment of minors, possession of pornographic material and virtual or simulated child pornography, crimes defined in Articles 366 quáter and 366 quinquies of the Penal Code. On July 12th, 2011, the Constitutional Court issues its decision, within the scope of case No. 1894-2011-CPR. Regarding the draft's mechanism that proposes the registration of cybercafés users who theoretically commit such crimes with impunity, the ruling addresses controversial and relevant issues, such as equality before the law, the right to protection of private life and the principle of legal reserve. After transcribing the main foundations of the ruling and of dissenting opinions, this article proposes a series of questions and reflections on the topics discussed.*

KEYWORDS: right to protection of private life, individual rights and guarantees, constitutional review

INTRODUCCIÓN

El proyecto de ley enviado al TC para control preventivo de constitucionalidad, y que originó la sentencia que será objeto de nuestro análisis, se ocupa de la coacción del acoso sexual de menores, posesión de material pornográfico y pornografía infantil virtual o simulada, conductas definidas en los artículos 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal.

De la historia de la Ley n° 20.526 se desprende que varios parlamentarios y autoridades consultadas se manifestaron en el sentido que los cibercafés son un lugar propicio para la perpetración de delitos como el acoso sexual de menores y la pornografía infantil a través de medios electrónicos, porque en caso de una investigación policial será posible llegar al computador utilizado (a través de la dirección IP), pero no al usuario del equipo en el momento de

la manipulación del material. Ello porque no existe un registro de usuarios, y éstos, por lo mismo, se encuentran protegidos por el anonimato.

La comisión de delitos a través de internet es un problema contemporáneo al surgimiento y avance de la tecnología, y su prevención y solución depende, en gran medida, de la propia tecnología. Antes de la promulgación de la Ley n° 20.526, si bien no existía la previsión legal expresa de la posibilidad de que los delitos de acoso sexual de menores, pornografía infantil y posesión de material pornográfico fueron cometidos “a distancia, mediante cualquier medio electrónico”, existen por lo menos dos casos de condena por este tipo de conductas en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios chilenos: en el primero, el imputado conquista la amistad de la víctima a través de la aplicación *Messenger*, para exigirle, mediante amenazas, que pose desnuda frente a la cámara web, y guardar en su computador las imágenes obtenidas.¹ El segundo caso, se refiere a una investigación respecto de un programa que permite el intercambio de archivos electrónicos, y a través de la cual se logra identificar a dos usuarios que bajaban material de contenido pornográfico infantil.²

En ambos casos, anteriormente citados, la identificación de los acusados y la incautación de sus computadores fueron realizadas en el marco de una investigación y solo fueron posibles en vista de una invasión no permitida por los sujetos investigados a su esfera de privacidad, pues se utilizaron técnicas de rastreo de documentos y datos de carácter personal.

En el caso del fallo que nos toca examinar, el TC considera que el registro de usuarios de cibercafés viola el derecho a la protección de la vida privada constitucionalmente asegurado, una vez que permitiría el monitoreo de las acciones, preferencias y relaciones personales de los usuarios, aún sin la existencia de una investigación específica en curso y un orden judicial que lo permitiera.

¹ 1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, *Riquelme Gutiérrez con Duarte Caroca* (2008, R.I.T. n° 111-2008).

² Corte Suprema, *Middleton Bengoa y Harseim Nemes con Ministerio Público* (2009, rol n° 3557-2009).

I. PRINCIPALES DERECHOS E INSTITUCIONES EN CONFLICTO

1. *Igualdad ante la ley*

El artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República (CPR) garantiza el principio de la igualdad ante la ley, prohibiendo el establecimiento de diferencias arbitrarias por parte de la ley y de la autoridad. El TC, en abundante jurisprudencia sobre el tema³, entiende que: a) no se trata de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo; b) el establecimiento de criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen; c) la distinción debe sujetarse a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.

En materia económica, este principio recibe regulación especial en el artículo 19 n° 22 de la CPR y el Tribunal aplica los criterios antes mencionados, debidamente adaptados, para entender que la distinción en materia económica es legítima si responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la CPR, establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores, además de cumplir con las formalidades constitucionales.⁴

2. *Derecho a la protección de la vida privada*

El artículo 19 n° 4 de la CPR asegura el “respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. El contenido de este derecho ha evolucionado históricamente a nivel mundial y la jurisprudencia del TC viene definiendo los contornos que tiene este derecho en Chile.

En cuanto al sentido de la expresión “respeto”, contenida en el artículo 19 n° 4 de la CPR, el Tribunal señaló que implica la obligación de terceras personas de no interferir en el ámbito del valor y la conducta que protege el ordenamiento jurídico a través de las garantías constitucionales.⁵ En esa línea, el derecho a la privacidad es relacionado con la situación de una persona, en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones de agentes externos y

³ V.gr., Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010, rol n° 1683-2010-INA).

⁴ V.gr., Tribunal Constitucional, *Cabezas Villalobos y otros con Televisión Nacional de Chile* (2010, rol n° 1732-2010-INA y rol n° 1800-2010-INA, acumulados).

⁵ Tribunal Constitucional, *Molina Vallejo con Fuenzalida Calvo y otros* (2009, rol n° 1419-2009-INA).

ajenos a su interioridad física o psicológica y las relaciones que mantiene o tuvo con otros.⁶ El Tribunal ha afirmado aún que la privacidad integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano.⁷

Sin embargo, el propio Tribunal se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la facultad que tiene el legislador para limitar el ejercicio de derechos pero siempre con la restricción de no afectar la esencia de éstos⁸, señalando que, en el caso del derecho a la protección de la vida privada, pueden establecerse limitaciones legales por finalidades razonables, además de la intromisión estatal justificada en caso de realización de hechos delictivos.⁹

A nivel infra constitucional, es posible mencionar distintos cuerpos legales relativos a la materia. Por ejemplo, el Código Penal¹⁰, en sus artículos 161-A y 161-B, sanciona conductas consideradas invasivas a la vida privada; la Ley que trata de la protección de datos de carácter personal¹¹ se refiere al tratamiento de datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares; la Ley sobre abusos de publicidad¹² regula la libertad de emitir opinión e informar consagrada en el artículo 19 n° 12 de la CPR y sanciona eventuales abusos y delitos cometidos en el ejercicio de dicha libertad; el Código de Ética Profesional¹³ establece, en su Título IV, el deber de confidencialidad, entre otras.

3. Reserva legal

El principio de reserva legal se relaciona con la atribución del Presidente de la República para dictar, unilateralmente, normas jurídicas generales o

⁶ Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010, rol n° 1683-2010-INA).

⁷ Tribunal Constitucional, *Oficio n° 4521, enviado por la Cámara de Diputados* (2003, rol n° 389-2003-CPR).

⁸ Tribunal Constitucional, *Oficio n° 5344, enviado por la Cámara de Diputados* (2005, rol n° 433-2005-CPR).

⁹ Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010, rol n° 1683-2010-INA).

¹⁰ Los artículos 161-A y 161-B fueron incorporados por la Ley n° 19.423 de 1995.

¹¹ Ley n° 19.628 de 1999.

¹² Ley n° 16.643 de 1967.

¹³ Código de Ética Profesional de 2011.

especiales destinadas al gobierno o a la administración del Estado o a la ejecución de las leyes. En lo que se refiere a la potestad reglamentaria de ejecución, actualmente el TC entiende que se trata de una técnica de colaboración en materias que el legislador no puede abordar por su complejidad, mutabilidad, tecnicismo, etc. (teoría de la reserva legal relativa).

Según esta doctrina, afirmar que una determinada materia está regida por el principio de reserva legal no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia, salvo en aquellos casos en que la propia CPR ha reservado a la ley y solo a ella disponer en todos sus detalles en una determinada materia.¹⁴

En caso de restricciones a derechos fundamentales, el Tribunal entiende que cuando es la propia ley habilitante la que autoriza la potestad reglamentaria para pormenorizar las restricciones tratadas, en aras de un interés social superior, no es la norma reglamentaria la que, en forma autónoma y sin respaldo legal, faculta la restricción de determinados derechos o garantías, cumpliéndose así requisito de la habilitación legal previa y suficiente, que la CPR requiere en sus artículos 32 N° 8 (6) y 60 (63), para que la potestad reglamentaria subordinada de ejecución pueda ser ejercida respetando el principio de reserva legal.

II. EL FALLO

El 5 de enero de 2011, la Cámara de Diputados de Chile somete a control preventivo de constitucionalidad un proyecto de ley sobre la coacción del acoso sexual de menores, posesión de material pornográfico y pornografía infantil virtual o simulada, conductas definidas en los artículos 366 *quáter* y 366 *quinquies* del Código Penal. El 12 de julio de 2011, el TC emite su decisión, en el ámbito de la causa Rol n° 1894-2011-CPR. A seguir, se transcriben los fundamentos principales del fallo y de las opiniones disidentes.

1. El voto de la mayoría¹⁵

“PRIMERO: Que, por Oficio N° 9190, de 5 de de enero de dos mil once, ingresado a esta Magistratura el día 7 del mismo mes y año, la Cámara de Diputados transcribe el Proyecto de Ley, aprobado por el Congreso

¹⁴ Tribunal Constitucional, *Iberoamericana de Energía Ibener S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2006, rol n° 480-2006-INA).

¹⁵ Los subtítulos utilizados forman parte de la sentencia original.

Nacional, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil (Boletín N° 5837-07), con el objeto de que este Tribunal, conforme a la atribución que le ha sido conferida en el N° 1° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto de su artículo 4°; (...)

QUINTO: Que la norma sometida a control, contenida en el artículo 4° del Proyecto de Ley individualizado en el considerando primero de la presente sentencia, dispone:

“Artículo 4°. Los establecimientos comerciales, cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet, a través de computadores propios o administrados por ellos, deberán mantener un registro actualizado de los usuarios, durante un plazo no inferior a un año, en el que se consignará su nombre, cédula de identidad o número de pasaporte, o con los datos que se consignan en la licencia de conducir o en el pase escolar, fecha y hora inicial de cada acceso e individualización del equipo en el cual se utilizó el servicio.

“El responsable del establecimiento deberá exigir a los usuarios la exhibición de alguno de los documentos antes indicados en el acto de su registro y siempre que fuesen a hacer uso de un computador para los efectos señalados en el inciso precedente.

“Los establecimientos a que se refiere el presente artículo, no permitirán el uso de sus computadores a las personas que no proporcionen los datos previstos en el inciso primero o que lo hicieren en forma incompleta y a las personas que no portaren alguno de los documentos anteriormente señalados, o se negaren a exhibirlos.

“Los registros a que se refiere el presente artículo tienen el carácter de reservado y su examen solo podrá ordenarse por el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, sin perjuicio del ejercicio de las atribuciones establecidas en el inciso séptimo. El incumplimiento del deber de reserva establecido en el presente inciso, por parte del responsable del establecimiento o alguno de sus dependientes, será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales y clausura temporal del establecimiento por un período no superior a tres meses. La reincidencia en la comisión de dicha infracción, se castigará con multa de 4 a 20 unidades tributarias mensuales y la clausura definitiva.

“El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los incisos primero a tercero del presente artículo será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales. En el caso de una segunda condena por dicho incumplimiento, se podrá aplicar, adicionalmente, la clausura temporal del establecimiento por un período no superior a tres meses. De existir una tercera condena por tal incumplimiento, se aplicará el doble de la multa y la clausura definitiva.

“De las infracciones contempladas en las disposiciones que preceden, conocerán los juzgados de policía local, conforme a las normas del procedimiento ordinario, contemplado en la ley N° 18.287, que Establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local.

“Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo, todos los establecimientos a que se refiere el inciso primero estarán sujetos a la vigilancia e inspección de Carabineros de Chile y de los inspectores municipales, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas.

“Un reglamento, dictado por el Ministerio de Justicia, determinará las características específicas del Registro que deberán llevar los establecimientos a que se refiere el inciso primero, las medidas de seguridad que deberán adoptarse y toda otra norma que resulte necesaria para su implementación.

“Lo dispuesto en el presente artículo entrará a regir noventa días después de la publicación en el Diario Oficial del reglamento a que se refiere el inciso precedente.”; (...)

I.- MATERIA (...)

SÉPTIMO: Que (...) la norma del artículo 4°, en sus nueve incisos, regula en su totalidad una materia propia de ley orgánica constitucional, a que se refiere la Constitución Política de la República en su artículo 77, toda vez que los referidos incisos en su globalidad constituyen un todo armónico e indivisible que no es posible separar o escindir. Motivo por el cual forma parte, de igual modo, de la aludida ley orgánica constitucional (...);

II.- OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA NORMA.

1) QUIÉN LLEVA EL REGISTRO.

DECIMOPRIMERO: Que el proyecto en revisión alcanza únicamente a los “establecimientos comerciales cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet”, los que ejercen un comercio reconocido como “Centros de Acceso a Internet” (...).

2) *QUIÉN PUEDE CONOCER DEL REGISTRO.*

DECIMOSEGUNDO: Que el proyecto regula el examen de estos registros a petición del Ministerio Público y previa orden del juez de garantía, pero sin insertar esta norma dentro del Código Procesal Penal, ni remitirse a las formalidades que prescribe este cuerpo normativo.

Con todo, de entenderse aplicables éstas, tal competencia no aparece condicionada a las necesidades imperiosas de una investigación en curso respecto de delitos específicos y determinados, como tampoco se contemplan a este efecto las debidas garantías procesales para el afectado. Más todavía, al no negarse su procedencia, podría interpretarse que esta diligencia cabe aun “sin conocimiento del afectado”, lo que no resulta justificado (...).

3) *CÓMO SE CUSTODIA EL REGISTRO.*

DECIMOCUARTO: Que para resguardar el contenido de estos archivos, se establece un genérico deber de reserva cuya infracción se castiga con una mera sanción de multa y hasta clausura temporal o definitiva, en tanto que de ser cometido análogo ilícito por empleados públicos, con perjuicio del afectado, la pena sería privativa de libertad, acorde con el Código Penal y otras leyes especiales. (...)

DECIMOQUINTO: Que, además, el proyecto no consagra medidas legales de seguridad tendientes a evitar desviaciones en el uso del registro, ni establece medidas de salvaguarda atinentes a la conservación, debida corrección y posterior destrucción de los datos reunidos, desde que no determina la suerte del registro transcurrido que sea el plazo de mantención de un año; amén de que en el intertanto no se ordena entregar, a la persona anotada, copia auténtica de respaldo. (...)

III.- *LIBERTADES E IGUALDAD ANTE LA LEY.*

DECIMOSÉPTIMO: Que cuadra objetar, por de pronto, que el deber de llevar estos registros pese exclusiva e infundadamente sobre dichos establecimientos cuya “actividad principal” es ofrecer accesos a internet, sin que existan suficientes antecedentes como para inferir -con valor de

probable verdad y un cierto poder predictivo- que en ellos se cometen preferentemente los delitos pesquisados, dando así origen a una condición que de suyo los estigmatiza, desalienta el ingreso de quienes repudian la sensación de vigilancia constante y, por ello, podría inducir su migración hacia otros establecimientos que brindan servicios iguales, tales como hoteles, clubes, cafeterías, bares y restaurantes. (...)

DECIMONOVENO: Que las tareas de acopio de esta clase de hechos personales y su posterior almacenamiento en registros o bancos de datos, con el propósito de facilitar una eventual pesquisa criminal o con miras a producir inteligencia policial, efectivamente envuelven el ejercicio de incisivos cometidos oficiales, vinculados a la investigación de hechos constitutivos de delito y a la conservación del orden institucional.

De modo que, por eso, su realización no puede encomendarse a entidades privadas cuyo negocio es uno muy otro, a la par de sujetarse a estrictas medidas de seguridad -de que el proyecto carece-, especialmente en lo relativo a la custodia e intangibilidad de tales archivos, comoquiera que al no prevenir posibles filtraciones o manipulaciones, aumenta el peligro de que los sujetos registrados se vean expuestos a abusos o a ser incriminados sin causa justificada;

IV.- VIDA PRIVADA O INTIMIDAD. (...)

VIGESIMOPRIMERO: Que, en efecto, [el derecho al respeto y protección de la vida privada] comprende un ámbito de no intromisión en un aspecto reservado de la vida personal, que cierra el paso a las indagaciones de otros, sean agentes estatales o privados.

Esto, a menos que medie el consentimiento espontáneo de la misma persona, a modo de mantener cierto gobierno sobre los datos que le conciernen, o la ley autorice una controlada intrusión para el caso -por ejemplo- de una específica investigación en curso, que haga suponer la comisión de un ilícito concreto y donde no sea posible obtener la información faltante por otros medios en fuentes abiertas.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, naturalmente, cualquiera entiende -aun sin ser jurisperito- que está a salvo en su legítima discreción para circular anónima e indistinguiblemente de los demás, sin chequeos o registros, a menos que a juicio de una autoridad competente hubiera causas probables que inciten a pensar que se están perpetrando ilícitos concretos y verosímiles.

De suerte que, esto sentado, dicha intimidad resultaría usurpada en caso de seguimientos o monitoreos sistemáticos, constantes y focalizados para husmear a qué lugares asiste alguien, por pertenecer a una categoría a priori sospechable de ciudadanos; por dónde -vías, caminos o canales- se desplaza en particular; cuál es el número de los sitios que visita y de las direcciones contactadas, precisamente; con quién, o con cuánta duración y frecuencia se producen las conexiones realizadas. Más todavía cuando, a partir de estos datos, hoy es factible ir de hurones e inferir historiales o perfiles individuales, que incluyen hábitos y patrones de conducta humana, hasta poder revelar las preferencias políticas, opciones comerciales e inclinaciones sociales de las personas;

VIGESIMOTERCERO: Que la intimidad no solo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena (...).

Así, no obstante que los cibercafés constituyen locales accesibles en general al público, en cuanto no se puede inadmitir a ningún cliente o usuario, a diferencia de otros lugares de afluencia masiva, suelen organizarse internamente en cámaras o cabinas individuales y reservadas, justamente en consideración a los servicios de interconexión que facilitan y a modo de cautelar que dentro de ellos tenga cobijo un cierto ámbito de privacidad. Igualmente internet, puesto que si bien esta red informática mundial configura un espacio abierto a todos, los sitios visitados en un recorrido, así como los correos electrónicos y la mensajería instantánea allí producidos, revisten carácter confidencial; (...).

V.- RESERVA LEGAL.

VIGESIMOQUINTO: Que, como se lleva visto, el proyecto traslada a un reglamento determinar las características del mentado registro y las “medidas de seguridad que deberán adoptarse” a su respecto (...).

VIGESIMOSEXTO: Que, de lo dicho, puede apreciarse que se está ante una delegación normativa constitucionalmente inadmisibles, toda vez que el legislador no ha establecido parámetros objetivos y precisos a los que deba sujetarse la autoridad administrativa a efectos de reglamentar la disposición legal en el tópico aludido.

Como lo señalara esta Magistratura, si bien nuestro ordenamiento permite convocar la potestad reglamentaria con miras a facilitar la ejecución

de una ley, en aspectos técnicos o subordinados que son de suyo variables, sin embargo, los conceptos esenciales deben ser determinables según la ley, al punto de excluir toda arbitrariedad y establecer una sola solución jurídicamente procedente (sentencia Rol N° 718);

2. Disidencia del Ministro Bertelsen Repetto

"[L]as únicas normas orgánico constitucionales contenidas en dicho artículo son las de sus incisos cuarto y sexto, por referirse a materias de aquellas que el artículo 77 constitucional ordena sean reguladas por una ley de esa naturaleza".

3. Disidencia de los Ministros Fernández Fredes y Carmona Santander

(...) III. EL ACTUAL MARCO NORMATIVO

13. Que, en primer lugar, los cibercafés son actividades desreguladas. Salvo las obligaciones generales propias de toda actividad económica, como tener un RUT y pagar los impuestos y las patentes, no tienen normas especiales que los regulen. En este sentido, cualquiera persona natural o jurídica puede llevar a cabo esta actividad;

14. Que, en segundo lugar, el ingreso a los cibercafés es un acto voluntario por parte del usuario correspondiente. No hay un monopolio que obligue a usar los computadores que se encuentran en ellos. Las personas, libremente, deciden usar un cibercafé, cuál, el horario, etc. El usuario debe cumplir las condiciones que le exija el establecimiento. Estas pueden incluir su identificación;

15. Que, en tercer lugar, no hay restricciones para el uso de internet [en los términos de] la Ley General de Telecomunicaciones (...). Dicha libertad es ratificada por el Reglamento que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a internet (D.S. N° 368/2010, MTT, D.O. 18.03.2011) (...). Las únicas excepciones a este principio general son las que establece la misma ley, las cuales son de distinto tipo. Por de pronto, están aquellas que tienen que ver con tráfico o administración de la red (...). Una segunda excepción es que los propios usuarios se auto restrinjan [a través de bloqueo de contenidos, controles parentales, etc.] (...).

16. Que, en cuarto lugar, los proveedores de internet deben procurar "preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la

seguridad de la red, utilizando para ello las herramientas tecnológicas disponibles” (artículo 10, D.S. N° 369/2010, MTT) (...)

17. Que, finalmente, cabe señalar que de acuerdo a nuestra regulación (Ley N° 19.628) cualquier persona puede crear una base de datos, sin perjuicio de que el tratamiento de los datos personales requiere autorización de su titular. Lo anterior es importante porque, como veremos, el registro que obliga a llevar el proyecto a los cibercafés es técnicamente una base de datos. Por lo mismo, se le aplican todos los principios y derechos de la Ley N° 19.628. Por lo mismo, aunque nada dijera esta ley, igual los dueños del cibercafé pueden tener una base de datos de sus usuarios;

IV. EL ARTÍCULO NO ES ÍNTEGRAMENTE ORGÁNICO (...)

19. Que, en efecto, el artículo 4° solo tiene una materia que es orgánica constitucional: la entrega de competencia al Juzgado de Policía Local para aplicar las sanciones que establece. Ello se enmarca dentro del mandato que establece el artículo 77 de la Constitución, pues confiere una atribución a un tribunal. Por el contrario, el resto del artículo contiene materias propias de ley común. El voto de mayoría extiende la competencia del Tribunal, aplicando el criterio del todo armónico e indivisible (Considerando 7°);

20. Que dicha interpretación, a nuestro juicio, atenta contra una doctrina consolidada sobre el alcance que puede dársele a las materias que, según la Constitución, deben ser reguladas por una ley orgánica constitucional. El criterio rector que debe inspirar la hermenéutica constitucional es el de excepcionalidad de este tipo de leyes (...)

21. (...) Luego, solo son materias de ley orgánica constitucional conforme el artículo 77 de la Constitución aquellas relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, sin que pueda extenderse la competencia de esta Magistratura a materias ajenas a dicho ámbito; (...)

V. NATURALEZA DEL REGISTRO (...)

29. Que, en consecuencia, la base de datos que regula el proyecto de ley tiene dos marcos jurídicos. Por una parte, todas las regulaciones que el mismo establece. Por la otra, todas las regulaciones que establece la Ley N° 19.628. De acuerdo al artículo 1° de esta ley, “el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley”;

30. Que dicha ley resguarda lo que se denomina el derecho a la autodeterminación informativa. Es decir, se encarga de proteger a las personas de la circulación de la información que sobre ellas mismas existe en distintos centros de acopio. Dicho derecho es la dimensión activa del derecho a la vida privada. Mientras la vida privada era concebida clásicamente como la no interferencia ilegítima en la vida personal, se entendía de una manera pasiva. Era el derecho a no ser molestado. El derecho a la autodeterminación, en cambio, implica controlar los datos que circulan sobre cada uno de nosotros. Por eso, la Ley N° 19.628 se denomina sobre protección de la vida privada;

31. Que esta ley permite el tratamiento de datos personales bajo dos supuestos. Por una parte, cuando el titular consienta en ello. Dicho consentimiento debe ser expreso, constar por escrito y previa información (artículo 4°). Por la otra, cuando la ley lo permita (artículo 4°);

32. Que la base de datos que permite el proyecto es un tratamiento autorizado por una norma legal;

VI. NO SE AFECTA LA VIDA PRIVADA. (...)

34. Que no compartimos [el criterio de la mayoría]. En primer lugar, porque el mundo moderno se estructura en base al uso de información. El uso de ordenadores, el acceso a internet y a bases de datos permiten el procesamiento de gran cantidad de datos de todo tipo. Es cada vez más difícil sustraerse a esa realidad. De ahí que la forma de proteger la vida privada no sea impidiendo la creación de bases de datos, sino posibilitando conocer la existencia de estas bases y facultando al titular de los datos para pedir su eliminación bajo ciertos supuestos. Es tan evidente esta constatación que la Ley N° 19.628 parte de la base de que “toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales” (artículo 1°, Ley N° 19.628). Por eso, protege la vida privada no impidiendo el tratamiento, sino regulándolo. (...) Una interpretación extensiva del artículo 19 N° 4° de la Constitución, considerando solo la dimensión pasiva del derecho a la privacidad, pondría a nuestro comercio en una situación que le haría imposible crecer y desarrollarse;

35. Que, en segundo lugar, de no existir la norma objetada, igual el dueño de un cibercafé puede crear una base de datos con sus usuarios, haciendo uso de las facultades de la Ley N° 19.628. Será decisión de los usuarios usar o no, bajo esas condiciones, dicho establecimiento. Pero la imposición de esa condición por el dueño no implica establecer una condición abusiva de acceso;

36. Que, en tercer lugar, no hay que olvidar que el uso de un cibercafé es un acto voluntario, no forzado. El usuario concurre a él libremente. Por lo mismo, asume las condiciones de su uso. Estas tienen que ver con las conveniencias personales (ubicación, precio, calidad, etc.) y con las regulaciones propias del establecimiento y las legales, entre las que se encuentra el registro. La entrega de datos al registro, si bien es impuesta por la ley, se funda en un acto espontáneo del usuario. Si el interesado quisiera evitar registrarse, podría hacerlo, accediendo al servicio por su propia cuenta. El usuario tiene la libertad de elegir (...)

37. Que, en cuarto lugar, la norma persigue una finalidad legítima. Esta consta en la historia fidedigna del precepto. Se buscó, tal como ya se indicó, facilitar la persecución de los delitos que el proyecto de ley sanciona. Recordemos que éste busca facilitar la represión penal del acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico. Esta finalidad fue debidamente ponderada por el legislador. No nos corresponde a nosotros, como Tribunal, realizar un juicio de mérito de los actos legislativos que nos corresponde controlar (STC Rol 792/2008; 1065/2008; 1295/2009; 1346/2009), ni anteponer nuestras propias razones. Nosotros debemos controlar que estas razones sean suficientes y concordantes con la regulación que se propone (STC Rol 1295/2009). Además, este Tribunal no puede cuestionar las normas que examina sobre la base de hipótesis probables o proyecciones de efectos. El estar en un registro de un cibercafé por haber usado sus computadores, no pone a nadie en categoría de sospechoso. Si luego, en una investigación, se determina que desde ahí se cometieron delitos, ese es un problema de aplicación de la norma (...)

38. (...) El proyecto de ley objetado no obliga a registrar los sitios de internet que el usuario consulta. Tampoco los correos electrónicos que envía. Ni permite que se anote para qué emplea el computador el usuario. Solo permite que se deje constancia del hecho de su visita y del computador que empleó. Es otra norma de nuestro sistema jurídico la que obliga a que las empresas respectivas guarden la información de uso de cada cliente. Por lo mismo, sería contradictorio que se pueda conocer los sitios que un usuario de internet emplea, y que no se pudiera registrar al usuario que concurre a un cibercafé. Ello equivaldría a conocer la información, pero no quién se interconecte con ella (...)

39. Que, en sexto lugar, la norma tiene suficientes resguardos. En primer lugar, hay una obligación de reserva, cuyo incumplimiento genera sanciones. En segundo lugar, el acceso a esa información es restringido, pues solo se puede llegar a esos datos previa orden judicial de un juez

de garantía. En tercer lugar, están todos los resguardos propios de la Ley N° 19.628. Ello elimina ciertas aprensiones sustentadas en el voto de mayoría, como quién es el responsable o qué se hace con los datos, transcurrido el plazo de conservación, pues eso está regulado en esta ley. En cuarto lugar, el cumplimiento de las medidas de resguardo será fiscalizable por los inspectores municipales y Carabineros. Finalmente, están todas las medidas de seguridad que dicte el Presidente de la República mediante el reglamento que la ley obliga a expedir para tal efecto;

VII. NO SE VULNERA LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

41. Que no compartimos [el criterio de la mayoría en ese ámbito]. En primer lugar, porque, como se desprende de la historia fidedigna del precepto, restringirlo únicamente a los cibercafés y no ampliar el registro a las universidades, bibliotecas y colegios, entre otros establecimientos, se debió al ánimo de evitar la burocratización del sistema. Además, que para los propósitos que busca el registro, la mayoría de los usuarios comprometidos en las conductas reprochadas (acoso sexual de menores, pornografía infantil y posesión de material pornográfico) usaba solo los cibercafés. Esas son razones suficientes para estos disidentes;

42. Que, en segundo lugar, hay dos razones que emanan del precepto. De un lado, la norma se aplica a todos los cibercafés, no solo a algunos. Del otro, la norma se aplica a los establecimientos comerciales cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet (...)

43. Que, en tercer lugar, como bien señalaron los parlamentarios durante la discusión del precepto, la norma podía bajar la rentabilidad de los negocios, a consecuencia de la negativa de personas celosas de su intimidad a entregar estos antecedentes sobre su identidad (Informe Comisión Mixta, pág. 16). Sin embargo, la Constitución no garantiza el éxito económico de las actividades, ni el lucro de las mismas (...)

VIII. NO SE AFECTA LA RESERVA LEGAL

45. Que no compartimos [el criterio de la mayoría en ese ámbito]. En primer lugar, no puede objetarse la sola remisión al reglamento. La potestad reglamentaria del Presidente de la República tiene rango constitucional. Por lo mismo, la ley no puede prohibir su ejercicio. Aunque la ley no convocara al reglamento, igual se podría dictar uno para pormenorizar y complementar la regulación legal;

46. Que, en segundo lugar, porque gran parte de esas condiciones están definidas por el propio precepto y por la ley de bases de datos, la Ley N° 19.628. No hay, por tanto, una deslegalización, porque la médula de la regulación está en la ley;

47. Que, en tercer lugar, porque la ley convoca al reglamento sobre un aspecto en que el Ejecutivo está en condiciones de llevar a cabo la función regulatoria: las “medidas de seguridad” que debe llevar el registro;

48. Que, finalmente, si el reglamento excede o contraviene la ley o la Constitución, el sistema jurídico contempla mecanismos para dejarlo sin efecto (...).”.

III. TEMAS PARA REFLETIR

A partir de la lectura del fallo estudiado y de sus fundamentos principales, es posible identificar varios temas polémicos y cuestionamientos importantes para la reflexión acerca de las garantías y libertades individuales en Chile. A seguir, algunas propuestas de temas para discusión.

1. Aspectos procesales

- A) ¿Cuáles son los hechos de este caso? ¿Existe una “causa” o litigio? ¿Con base en qué norma actúa el TC en este caso? ¿Esta atribución vulnera o puede producir una vulneración del principio de separación de poderes?
- B) ¿Qué razones da el voto de mayoría para reconocer aquí la existencia de un caso susceptible de ser conocido por el Tribunal en control preventivo obligatorio? ¿Cómo tratan el tema los ministros disidentes?
- C) Según el voto de disidencia, no le corresponde al TC realizar un juicio de mérito de los actos legislativos que controla, ni anteponer sus propias razones, sino que debe controlar que estas razones sean suficientes y concordantes con la regulación que se propone. Analice esta afirmación bajo la luz de las competencias que ejerce el TC. ¿En el caso estudiado, esta fue, efectivamente, la postura del Tribunal al fallar?

2. Libertades e igualdad ante la ley

- A) ¿Cómo produciría el proyecto una violación a la igualdad ante la ley desde el punto de los responsables por los cibercafé afectados? ¿Y desde el punto de vista de los usuarios de dichos establecimientos? ¿Cómo es tratado el tema en el fallo?

- B) La mayoría afirma (considerando 22°) que, *“naturalmente, cualquiera entiende -aun sin ser jurisperito- que está a salvo en su legítima discreción para circular anónima e indistinguiblemente de los demás, sin chequeos o registros, a menos que a juicio de una autoridad competente hubiera causas probables que inciten a pensar que se están perpetrando ilícitos concretos y verosímiles”*. ¿Un oficial de carabineros puede legítimamente realizar un control de identidad en la vía pública, a cualquier hora del día?¹⁶
- C) ¿El registro de usuarios de cibercafés podría vulnerar la garantía de la presunción de inocencia? ¿Qué argumentos utiliza la mayoría para defender su posición sobre este tema? ¿Y la minoría?

3. El debido proceso

- A) El voto de mayoría señala que el proyecto regula el examen de los registros de usuarios de cibercafés a petición del Ministerio Público y previa orden del juez de garantía, pero sin insertar esta norma dentro del Código Procesal Penal, ni remitirse a las formalidades que prescribe este cuerpo normativo. ¿Cómo rebate este argumento la disidencia? ¿Es posible que una ley común tenga contenido procesal penal, aunque no importe una modificación al código del ramo?
- B) Como subraya el voto de mayoría (considerando 14°), para resguardar el contenido de los archivos con los datos colectados en los cibercafé, *“se establece un genérico deber de reserva cuya infracción se castiga con una mera sanción de multa y hasta clausura temporal o definitiva, en tanto que de ser cometido análogo ilícito por empleados públicos, con perjuicio del afectado, la pena sería privativa de libertad”*. ¿Sería posible vislumbrar alguna razón para este tratamiento distinto? ¿Cómo soluciona el tema el voto disidente?

4. Concepto y contenido de privacidad y derecho a la protección de la vida privada

- A) ¿Qué palabras comúnmente asociamos con la idea de privacidad? ¿Con base en estas palabras, cuáles son las definiciones de privacidad que podemos obtener? ¿Cuál de estas definiciones se acerca más a aquella utilizada en el fallo? ¿Esta definición es la misma utilizada en el voto de minoría? Identifique la definición utilizada en otros fallos del TC. ¿Es

¹⁶ Véase artículo 85 del Código Procesal Penal.

posible identificar un núcleo o “esencia” del derecho a la privacidad en Chile, o sea, una condición necesaria y suficiente que toda situación que caiga bajo la protección de la privacidad debiera cumplir?

- B) *“Una definición satisfactoria sería aquella que se acercara en la forma más fiel posible a los usos que se le da a la palabra privacidad en la práctica jurídica, y que a la vez fuera capaz de identificar los elementos que hacen de la privacidad un bien jurídico con las características propias, de manera que pueda servir para distinguir la privacidad de otros bienes jurídicos con los que normalmente se le asocia”*.¹⁷ El término privacidad, originario del inglés *privacy*, es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como: 1.f. *Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. ¿Esta definición es satisfactoria desde el punto de vista de la jurisprudencia y del ordenamiento jurídico chileno?*
- C) El derecho a la “vida privada” es una innovación de la CPR chilena de 1980, ya que las constituciones anteriores se limitaban a incorporar algunas dimensiones que hoy señalaríamos como pertenecientes a la vida privada “espacial” –inviolabilidad del hogar y de la correspondencia.¹⁸ Históricamente, la defensa y tutela jurídica de la vida íntima ha aparecido como una forma de tutela de un ámbito físico o territorial sobre el cual se ejerce la propiedad y la comunicación, hasta fines del siglo XIX, restringida a la correspondencia epistolar, aparece también tutelada como derecho de propiedad (sobre la carta), generando el delito de violación de correspondencia. La ampliación de la percepción del concepto de intimidad o vida privada como un interés digno de protección con autonomía del derecho de propiedad parece tener su origen en el pensamiento de John Suart Mill, según el cual la comunidad debe respetar no solo la libertad de opinión, sino también la de conducta, es decir, la libertad de conciencia, de pensamiento, expresiones, gustos y propósitos.¹⁹ ¿Es posible afirmar que el fallo estudiado acompaña la tendencia histórica recién descrita? Explique.
- D) En la jurisprudencia norteamericana, la *privacy* es entendida como el derecho individual para ser libre de indebidas injerencias gubernamentales, los individuos deben gozar de una esfera de autonomía de decisión que les permita optar libre y solitariamente lo que consideran mejor

¹⁷ UNDURRAGA (2005) p. 513.

¹⁸ GÓMEZ (2005) p. 313.

¹⁹ CORRAL (2000) p. 53.

para ellos, despreciando las convenciones sociales. La doctrina del *privacy* ha sido utilizada en casos relativos a leyes que prohibían el uso de anticonceptivos o la realización del aborto, como una nueva lectura de los criterios antiguos que se apoyaban en la protección del derecho de propiedad, para entender que la casa –y más aún el dormitorio– es un ámbito privado en el que el Estado no debe intervenir.²⁰ ¿Es correcto decir que en Chile se adopta la misma concepción de privacidad que los norteamericanos? ¿Por qué?

5. El derecho a la vida privada en el Derecho Internacional

- A) El artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos dispone:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Analice el fallo estudiado según los parámetros del referido artículo.

- B) El Tribunal de Derechos Humanos Europeo ha señalado que si las atribuciones de un organismo estatal (en el caso la Administración de Aduanas francesa) son tan amplias que puede fijar, sin necesidad de orden judicial, la oportunidad, el número, la duración y las operaciones de control sobre el domicilio del afectado, se transgrede el derecho a la vida privada (*Funke v. Francia*, sentencia de 25 de febrero de 1993). Sin embargo, ha señalado que registros domiciliarios, retenciones de personas e incluso toma de fotografías como parte de un operativo para combatir el terrorismo están justificados (caso *Murray v. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1994). ¿Cómo se justifica la diferencia de criterio en uno y otro caso, según lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos? ¿Cómo podrían aplicarse estos precedentes al caso del fallo estudiado?

²⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), citada por CORRAL (2000) p. 58.

6. Bienes jurídicos protegidos

- A) En el fallo estudiado, ¿qué es lo que se quiere proteger mediante la garantía de la privacidad? ¿Cuáles son los bienes jurídicos que subyacen a la privacidad en el caso concreto? ¿Estos bienes, o la ponderación que se hace de ellos, es la misma en el voto de mayoría y en el de minoría?
- B) En el caso Alvarado Solari con diario La Cuarta, la Corte de Apelaciones, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, falla que no hay vulneración de la privacidad en el acto de sacar y publicar en un diario, sin permiso, una foto a una mujer que jugaba paletas en traje de baño en la playa. En este caso, ¿cuál fue considerado por la Corte como el elemento central del derecho a la privacidad? En esta decisión, ¿cómo se conjugan las ideas de “acceso prohibido”, por un lado, y pudor o tranquilidad, por otro?
- C) El artículo 161-A del Código Penal castiga al que capte, intercepte, grave o reproduzca por cualquier medio, en lugar que no sea de libre acceso, y sin la autorización del afectado, conversaciones o comunicaciones de carácter privado. ¿Este artículo provee una adecuada protección del derecho a la privacidad de las conversaciones o comunicaciones de carácter privado? ¿Por qué? Con base en los criterios expuestos en el voto de mayoría, ¿cómo fallaría el Tribunal un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 161-A del Código Penal en un caso de grabación no autorizada de una conversación privada llevada a cabo en un restaurant?
- D) ¿Qué instrumentos contempla el ordenamiento jurídico chileno para proteger la privacidad? ¿Qué garantías constitucionales se vinculan en términos de contenido al derecho a la vida privada? ¿Qué garantías no son contempladas o lo son de manera débil o insuficiente? ¿Cómo se podrían suplir dichas omisiones? ¿El derecho a la intimidad informática puede entenderse incluido en el derecho a la vida privada?
- E) Establezca una relación de género a especie entre vida privada, intimidad y dignidad de la persona. Señale aspectos específicos de cada una de dichas esferas. ¿En cuál de las tres esferas ubicarías a la exclusión de la tortura, la prohibición del delito de conciencia, el derecho a guardar silencio en materia penal y el tratamiento especial de informaciones obtenidas bajo secreto profesional o confesión religiosa? ¿Por qué?
- F) Desde el punto de vista de la información, la vida pública en cuanto tal puede y debe ser objeto de mensajes informativos, sobre todo si la actividad de la persona es o puede ser pública, en el sentido de afectar a una

generalidad mayor o menor de ciudadanos. ¿Cuáles son los supuestos de intromisión en la vida privada? ¿Y en la intimidad?

- G) ¿Es posible contemplar aspectos de la vida privada que merezcan mayor protección jurídica que otros?
- H) Imagine que, a través de las cámaras de seguridad de un cibercafé, fuese posible identificar el usuario de un computador determinado en un horario específico y de esa manera llegar al autor de un ciberdelito. ¿Se vulneraría la privacidad del usuario? ¿Y si hubiese una cámara en cada cabina?
- I) De la lectura de la historia de la Ley n° 19.927, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, se desprende que existen argumentos para sostener que la mera tenencia de material pornográfico infantil no debiera ser constitutiva de un delito, a menos que exista un vínculo directo de ese almacenaje con la producción, comercialización o distribución de dicho material pornográfico. Según los defensores de esta doctrina, sancionar la mera posesión de dicho material implica inmiscuirse en una esfera de la vida privada de las personas, que puede ser reprochable ética o moralmente, pero no puede traer aparejada consecuencias penales. Además, se sostiene que debe considerarse el principio de lesividad, según el cual el Estado interviene cuando existe un daño a un bien jurídico. En ese sentido, si se entiende que la tenencia de material pornográfico infantil provoca ultraje público a las buenas costumbres, no podría existir daño si la conducta es perpetrada en el ámbito privado. Si se entiende que ataca la indemnidad sexual del menor, deberá probarse la existencia de las personas que aparecen en el material, sus edades y ubicación, ya que sería ridículo pensar en la afectación de la indemnidad sexual de una persona fallecida. ¿Está usted de acuerdo con esta posición? ¿Qué argumentos jurídicos podrían utilizarse para defender la tesis opuesta? ¿Esta doctrina podría ser aplicada en otros casos, como, por ejemplo, el consumo de marihuana?

7. Autodeterminación informativa

- A) El Tribunal Federal alemán denegó un censo federal por cerca de cuatro años por los potenciales abusos que se percibían en ciertas disposiciones de la Ley de Censos del año 1982, y que podían generar en el uso de la

información requerida en perjuicio de la personalidad.²¹ En una famosa sentencia, el Tribunal desarrolló, sobre la base del derecho general de la personalidad, el derecho a la autodeterminación informativa, es decir, *“el derecho o capacidad de cada persona como consecuencia de la idea de la autodeterminación, a decidir ella misma cuándo y dentro de qué límites o márgenes se pueden revelar circunstancias personales de la vida”*.²²

- B) En la actual sociedad informatizada, el concepto de vida privada es considerado desde la doble vertiente en que, por un lado, comprendemos en ella el aspecto negativo de defensa ante intrusiones externas y, por el otro, la moderna concepción dinámica de privacidad que la entiende también como una prerrogativa de control sobre las informaciones personales que circulan.
- C) ¿Cómo trata la mayoría el tema de la autodeterminación informativa? ¿Y la minoría? ¿Cómo trata el voto de mayoría el argumento de la disidencia en el sentido que se aplicaría la Ley sobre Protección de Datos de Carácter Personal, Ley n° 19.628, a los datos recogidos en los cibercafés? Según el criterio de decisión de conflicto aparente de normas “ley especial deroga ley general”, ¿cuál sería la norma aplicable al caso?
- D) Según la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, el tratamiento de los datos personales solo podrá efectuarse cuando la ley lo autorice o el titular consienta expresamente en ello. Sin embargo, no se requiere autorización si se trata de datos que realicen personas jurídicas privadas para su uso exclusivo o de sus asociados o entidades afiliadas con fines estadísticos, de tarificación u otros.²³ ¿Cuál puede haber sido el fundamento que tuvo en consideración el legislador para dispensar estas entidades de la necesidad de autorización? ¿La colecta de datos por parte de los cibercafés se encuadra en esta categoría?
- E) Actualmente, es enorme el caudal de informaciones personales de diversa índole que manejan los bancos de datos públicos y privados. Enumere hipótesis de utilización de estos datos que sea atentatoria contra la intimidad o vida privada de las personas. En nuestra sociedad de la tecnología

²¹ La masiva recogida de datos (160 preguntas) destinados a su procesamiento electrónico, hizo sospechar a algunos sectores de la sociedad que no había finalidades estadísticas, sino más bien de control por parte del Gobierno.

²² Sentencia del Tribunal Federal alemán 65, 1/42, citada por CORRAL (2000) p. 62.

²³ Artículo 4° incisos cuarto y quinto Ley n° 19.628 de 1999.

e informática, ¿es posible controlar el caudal de información personal que circula? ¿Es posible regular adecuadamente el tratamiento de dichos datos de manera de circunscribir algunos aspectos de la privacidad para sustraerlos del torrente informativo? ¿Es posible que el uso de las herramientas que provee la informática y la multiplicidad de informaciones privadas que circulan y la creciente recopilación y almacenamiento de datos personales de la más diversa índole hayan traído como consecuencia un cambio en valores como la intimidad y la vida privada? ¿En qué sentido? ¿Hay un interés social involucrado que exige conocer aspectos personales y manejar la información pertinente proporcionándola legítimamente a quienes la requieren, y sin afectar con ello el ámbito de lo privado? ¿Está adecuadamente protegido el titular del derecho de manera de impedir intromisiones no deseadas o una indebida utilización de la información obtenida?

8. El derecho de acceso

- A) Actualmente se encuentran en trámite en el Congreso Nacional dos proyectos, que tienen como objetivo garantizar a nivel constitucional el “derecho de acceso a internet”.²⁴ Según la moción parlamentaria presentada en uno de ellos²⁵, con la reforma “*se garantizará el principio denominado ‘Acceso Universal’, que consiste en que cualquier habitante de la nación, con independencia de su ubicación geográfica, podrá tener acceso a Internet y no tan solo acceso, sino con una calidad determinada y un precio asequible.*” La moción señala que el tema ha sido regulado en países como Finlandia, Suiza, Francia, España, Australia y México, y que se trata de un complemento para la satisfacción de otros derechos como el acceso a la información, el derecho a la educación, la libertad de expresión, entre otros.

Por otro lado, junto con la ampliación del acceso a internet en Chile, vienen problemas como lo que en el Derecho anglosajón se conoce como *childgrooming*, entendido como la práctica de contactar a menores en sitios de conversación mediante identidades simuladas para sostener con ellos conversaciones de carácter sexual con el objeto de conseguir que

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007), propone una “Reforma constitucional que incorpora como un derecho esencial el de acceso a conectividad de información digital”, en trámite desde 12/10/2006; y BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007a), que “Establece la garantía del acceso universal a las tecnologías de la información y la comunicación”, en trámite desde 16/06/2010.

²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007a).

el menor envíe imágenes suyas para procurar su excitación sexual, o incluso encontrarse físicamente para abusar de ellos.²⁶

¿El derecho de acceso a internet debe ser considerado un derecho fundamental? ¿El rol de derechos fundamentales consignados en la CPR es taxativo o enumerativo? ¿Cómo podría materializarse un eventual derecho constitucional al acceso a internet desde el punto de vista de las políticas públicas? ¿Y desde el punto de vista de los jurisdicionados? ¿Qué ventajas se presentan al jurisdicionado el que un derecho esté consagrado constitucionalmente? ¿No es suficiente para asegurar el derecho de acceso lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley n° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones («*Todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones y cualquier persona podrá optar a las concesiones y permisos en la forma y condiciones que establece la ley.*»)?

9. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la protección de la vida privada

A) Analice la siguiente jurisprudencia del TC en materia de protección de la vida privada y compare cada una de las decisiones expuestas con el fallo estudiado, desde el punto de vista de los intereses y bienes jurídicos en conflicto en cada caso. ¿Con qué bienes jurídicos se relaciona el derecho a la vida privada en cada una de las sentencias? ¿Cuáles fueron los bienes jurídicos ponderados? ¿Cuál fue el bien jurídico considerado más importante en cada caso? ¿Cuál es el caso que más se asemeja al fallo estudiado?

a) *Rol n° 389-2003-CPR*, control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materias de lavado y blanqueo de activos.

En este caso, el TC consideró que el artículo 2° inciso 1° letra b) del proyecto era inconstitucional porque otorgaba a la Unidad de Análisis Financiero facultades discrecionales para recabar todo tipo de antecedentes respecto de cualquier persona, sin que se acote su competencia al ámbito estricto en que podría justificarse y sin que se establezca parámetros objetivos de actuación del órgano, lo que

²⁶ Moción parlamentaria a través de la cual se inicia la tramitación del proyecto que culminó con la promulgación de la Ley n° 20.526, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil.

transgrede la privacidad, la inviolabilidad de las comunicaciones y la dignidad humana, garantizadas en los arts. 19 n° 4, 19 n° 5 y 1 de la CPR. Además, se consideró que el proyecto no contemplaba controles heterónomos, especialmente de naturaleza judicial que pudieran evitar o rectificar la violación de los derechos a la privacidad y a la reserva de las comunicaciones.

El Tribunal señaló que la privacidad integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano. Por tal razón, ellos merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre éstos (considerando 20). El TC agregó que el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad (considerando 21).

- b) *Rol n° 433-2005-CPR*: control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que sustituye la Ley n° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

En este caso, el Tribunal entiende que la atribución del Ministerio Público para solicitar entrega de documentos sin limitación afecta el derecho a la privacidad, y afirma que el legislador tiene la facultad de limitar el ejercicio de derechos pero siempre con la restricción de no afectar la esencia de éstos. La habilitación para vulnerar éstos derechos que entrega a un órgano, sin reservas ni determinación de pautas objetivas y sujetas a control, vulneran el derecho de un procedimiento e investigación racionales y justos y vulnera en la esencia los derechos a la vida privada y reserva de comunicaciones privadas (considerandos 26, 28, 30, 32 y 34).

- c) *Rol n° 1365-2009-INA*: requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5°, 6°, 16, 17, 18 y 1° transitorio, inciso segundo, de la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

El Tribunal entendió que la toma de muestras biológicas en forma forzada para extraer la huella genética e incorporarla al Sistema

Nacional de Registros de ADN puede llegar a limitar el derecho a la integridad física y psíquica, así como al derecho a la privacidad (c. 18). Sin embargo, el derecho a la integridad física y psíquica de una persona condenada no se ve menoscabado en su esencia, toda vez que la inclusión de su huella genética en el Registro de Condenados a que se refiere la Ley N° 19.970 solo supone la toma de muestra biológica sin mayor detrimento corporal ni espiritual. De la misma forma, no se afecta la esencia de su derecho a la privacidad en la medida que la esfera íntima que toda persona desea resguardar de la injerencia de terceros no sufre ningún detrimento, en este caso, que no sea el estrictamente indispensable para la identificación respectiva, lo que, incluso, puede ser decisivo para probar su inocencia en la comisión de futuros hechos delictivos (considerando 37).

La toma de huella genética a una persona condenada es una limitación legítima de la privacidad constituida por lo que la ciencia asocia a la obtención del “ADN no codificante”, que no permite revelar ni indagar otras características de la personalidad –distintas de la identidad– o de la ascendencia de la persona afectada. La ley garantiza el carácter secreto del Sistema Nacional de Registros de ADN, en cuanto solo puede ser consultado por el Ministerio Público y por los tribunales o por los órganos públicos a quienes ellos autoricen. Por otro lado, la ley impone el deber de reserva sobre la información relacionada con los registros respectivos a toda persona que intervenga en la toma de muestras, obtención de evidencias y determinación de huellas genéticas. Puede afirmarse, entonces, que la privacidad de las personas condenadas, que se encuentran en los supuestos descritos por la Ley N° 19.970, se ve afectada, en forma precisa y determinada, y solo en la medida que dicha afectación coadyuve al cumplimiento de los objetivos que persigue el legislador (considerando 27).

- d) *Rol n° 1683-2010-INA*, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, que dispone “*El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio*”.

En este caso, el Tribunal señala que el derecho a la privacidad es la situación de una persona, en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones de agentes externos y ajenos a su interioridad física o psicológica y las relaciones que mantiene o tuvo con otros. Sin embargo, afirma que este derecho puede tener limitaciones legales por

finalidades razonables, además de la intromisión estatal justificada en caso de realización de hechos delictivos (cc. 38, 39 y 41). El derecho a la privacidad cede ante la protección del derecho a la indemnidad sexual, siendo este delito una limitación legal al derecho de privacidad fundada en la protección especial a los menores de edad que por falta de madurez no pueden ponderar las consecuencias de su conducta (considerando 41).

- e) *Roles n° 1732-2010-INA y 1800-2010-INA* (acumulados), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

El Tribunal afirma que se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarrear repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad. La publicidad de las remuneraciones de los requirentes responde al principio de transparencia de la función pública y está establecida por el legislador en procura de resguardar la probidad y el correcto funcionamiento de una empresa que tiene una importante misión social establecida por ley. La aplicación de los preceptos impugnados no afecta la igualdad de TVN, pues la diferencia que se aduce discriminatoria responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la CPR, establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores, además de cumplir con las formalidades constitucionales (tener el carácter de una ley de quórum calificado).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2007): “Boletín n° 4612-07, que propone una Reforma Constitucional que incorpora como un derecho esencial el de Acceso a Conectividad de Información Digital”. Disponible en: <<http://www.senado.cl/appsenado/templatess/tramitacion/index.php>>. Fecha de consulta: 22 de agosto 2011.

_____ (2007a): “Boletín n° 6987-07, que establece la garantía del acceso universal a las tecnologías de la información y la comunicación”. Disponible en: <<http://www.senado.cl/appsenado/templatess/tramitacion/index.php>>. Fecha de consulta: 22 de agosto 2011.

_____ (2011): “Historia de la Ley n° 20.526, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de

material pornográfico infantil”. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2011>>. Fecha de consulta: 22 de agosto 2011.

CORRAL, Hernán (2000): “Configuración jurídica del derecho a la privacidad: origen, desarrollo y fundamentos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 n° 1, pp. 51-79.

GÓMEZ, Gastón (2005): “El derecho a la vida privada en la jurisprudencia de protección”, *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 313-419.

UNDURRAGA, Verónica (2005): “La privacidad como bien jurídico”, en Varas, Juan (coord.), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 509-530.

JURISPRUDENCIA CITADA

1° Tribunal de Juicio Oral En lo Penal de Santiago, *Riquelme Gutiérrez con Duarte Caroca* (2008): 17 de noviembre de 2008, R.U.C. 0800205760-4, R.I.T. n° 111-2008.

Corte Suprema, *Middleton Bengoa y Harseim Nemes con Ministerio Público* (2009): 18 de agosto de 2009 (recurso de nulidad), rol n° 3557-2009.

Tribunal Constitucional, *Molina Vallejo con Fuenzalida Calvo y otros* (2009): 2 de noviembre de 2010 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1419-2009-INA.

Tribunal Constitucional, *Iberoamericana de Energía Ibener S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2006): 27 de julio de 2006 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 480-2006-INA.

Tribunal Constitucional, *Quilaqueo Bustos con Director Regional de Gendarmería de la Región de la Araucanía* (2009): 8 de abril de 2010, (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1365-2009-INA.

Tribunal Constitucional, *Cabezas Villalobos y otros con Televisión Nacional de Chile* (2010): 21 de junio de 2011 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1732-2010-INA y rol n° 1800-2010-INA (acumulados).

Tribunal Constitucional, *Sepúlveda Álvarez con Ministerio Público* (2010): 4 de enero de 2011 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol n° 1683-2010-INA.

Tribunal Constitucional, *Oficio n° 4521, enviado por la Cámara de Diputados* (2003): 28 de octubre de 2003 (control previo de constitucionalidad), rol n° 389-2003-CPR.

Tribunal Constitucional, *Oficio n° 5344, enviado por la Cámara de Diputados* (2005): 25 de enero de 2005 (control previo de constitucionalidad), rol n° 433-2005-CPR.

Tribunal Constitucional, *Oficio n° 9190, enviado por la Cámara de Diputados* (2011): 12 de julio de 2011 (control previo de constitucionalidad), rol n° 1894-2011-CPR.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política de la República de 1980, modificada por Decreto n° 100, de 17 de septiembre de 2005.

Código de Ética Profesional, vigente desde el 1 de agosto de 2011, aprobado en la sesión ordinaria del 4 de abril de 2011 del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile.

Código Penal, actualizado al 22 de noviembre de 2016.

Código Procesal Penal, actualizado al 12 de octubre de 2000.

Ley n° 16.643 de 4 de septiembre de 1967, que fija el texto definitivo de la Ley n° 15.576, sobre abusos de publicidad.

Ley n° 18.168 de 2 de octubre de 1982, Ley General de Comunicaciones.

Ley n° 19.366 de 30 de enero de 1995, sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Ley n° 19.423 de 20 de noviembre de 1995, que agrega disposiciones que indica en el Código Penal, en lo relativo a delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia.

Ley n° 19.628 de 28 de agosto de 1999, sobre protección de la vida privada.

Ley n° 19.927 de enero de 2004, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

Ley n° 19.970, de 6 de octubre de 2004, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

Ley n° 20.285, de 20 de agosto de 2008, sobre Acceso a la Información Pública.

Ley n° 20.526 de 13 de agosto de 2011, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil.

RECENSIONES

RÜTHERS, BERND: "DIE HEIMLICHE REVOLUTION VOM RECHTSSTAAT ZUM RICHTERSTAAT", 2ª EDICIÓN, TÜBINGEN, MOHR SIEBECK, 2016, 205 PP.

CARLOS ISLER SOTO*
Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

"Die Heimliche Revolution" trata sobre el creciente y desmedido poder político que han adquirido los jueces en Alemania, particularmente el Tribunal Constitucional. Rüdters llama a este proceso "revolución", porque constituye un verdadero atentado a los principios del Estado democrático de Derecho tal como están consagrados por la Ley Fundamental alemana, y la llama "oculta", porque este proceso se enmascara como el resultado de simples interpretaciones a dicha Ley Fundamental realizadas por los tribunales superiores.

Este interesante libro comienza con un recorrido histórico sobre el papel de la Constitución en la reciente historia alemana. Recuerda que Alemania ha tenido múltiples quiebres institucionales en el último siglo y medio, y que en muchos de ellos ha permanecido vigente la misma Constitución. El caso más claro es el de la Constitución de Weimar, que formalmente permaneció vigente tras la llegada al poder del nacionalsocialismo, pero que bajo los nazis habría de ser aplicada de modo muy distinto, hasta el punto de hacerse compatible con la comisión de las mayores injusticias. Lo mismo acontece con el resto del ordenamiento jurídico: si se compara el existente con anterioridad a la llegada al poder de los nazis y el siguiente a ésta, es muy similar; sin embargo, es obvio que su aplicación fue totalmente diversa. Rüdters cree que la causa de ello se encuentra, por un lado, en el recambio

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Magister en Filosofía con mención en Metafísica, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor en las facultades de Derecho de las Universidades Andrés Bello, Bernardo O'Higgins y Diego Portales.

generacional de los jueces y juristas, ya que jueces y juristas imbuidos por el nuevo *Zeitgeist* tienden a interpretar los conceptos jurídicos fundamentales de cada rama del ordenamiento de modo muy diverso a como lo habían sido en el pasado; y por otro lado, en la elección de nuevos métodos de interpretación, particularmente el llamado método de interpretación "objetivo" propugnado por Larenz y su escuela, que permite proyectar en la ley o Constitución valores o fines propios del intérprete. Un proceso similar de transformación del Derecho habría ocurrido en la dictadura comunista en la República Democrática Alemana: lo que permitió la aplicación del Derecho para fines totalitarios fue, más que el cambio formal del mismo, la introducción de una nueva generación de juristas y jueces formados en gran parte en la Unión Soviética e imbuidos de la ideología del marxismo-leninismo. Para el autor, por ende, es fundamental atender a los aplicadores del Derecho y a los métodos de aplicación que utilizan. El Derecho formal por sí solo no garantiza su correcta aplicación (*cf.* pp. 1-28).

A continuación, en el capítulo IV, expone cómo el proceso se ha complicado en los últimos años con la elevación de la Constitución a norma suprema a ser aplicada directamente por todos los jueces, con el consiguiente "efecto irradiación" de la misma. Ello ha causado un creciente poder político del Tribunal Constitucional, porque de hecho sus decisiones irán afectando las decisiones de otros jueces y órganos administrativos al momento de aplicar la Constitución. Rùthers muestra que las posibilidades de controlar efectivamente al Tribunal Constitucional son bastante limitadas, en primer lugar, porque la dogmática tiende a ser poco crítica de éste, y la metodología de la interpretación, en los hechos, no ha podido impedir el activismo judicial, ya que los tribunales superiores tienden a escoger el método interpretativo que más les conviene de acuerdo al resultado al cual previamente habían escogido. En ese sentido, Rùthers cree que la situación a la que se ha llegado es similar a la descrita por los realistas estadounidenses, aunque, a diferencia de éstos, no cree que esta situación sea legítima ni inevitable (*cf.* pp. 29-57).

Rùthers cree que el impulso principal a este activismo judicial proviene del resurgimiento del iusnaturalismo de postguerra y posterior a la reunificación, que culpaba al positivismo jurídico de la aceptación y aplicación acrítica por los jueces y juristas de las leyes injustas de las dictaduras nazi y marxista, de modo que sería necesario, en ocasiones, buscar un Derecho más alto a la Constitución para interpretar la ley. Él cree, sin embargo, que la verdadera causa de la aplicación del Derecho a fines inicuos es el recambio generacional realizado por nazis y marxistas, más que el positivismo jurídico, y tiende a considerar, por el contrario, al iusnaturalismo como favorable al activismo judicial que tanto critica (*cf.* pp. 58-72).

El autor cree, por un lado, que cierto grado de producción del Derecho por los jueces, incluso constitucionales, es inevitable. Ello se debe a que es imposible que la ley o la misma Constitución prevean todos los casos futuros, de modo que necesariamente en el espacio dejado por las inevitables lagunas jurídicas del juez, por el principio de inexcusabilidad, deberá resolver creando Derecho. Para que dicha creación sea legítima, sin embargo, debe inspirarse en los principios superiores de cada rama del ordenamiento. En ese sentido, su creación no es libre, como la de los parlamentarios.

Sin embargo, existen casos en los que lisa y llanamente los jueces ejercen activismo judicial, vale decir, crean Derecho modificando lo prescrito por la Constitución o leyes. Ello ocurre cuando éstas dan una respuesta inequívoca si se aplica el método de interpretación llamado “teleológico-subjetivo” y, sin embargo, el juez decide en contrario acudiendo, para justificar su decisión, a la aplicación de algún otro método de interpretación del Derecho. Rùthers cree que un caso especialmente notorio de tal activismo judicial por parte del Tribunal Constitucional ocurrió en la equiparación, para ciertos fines, de las uniones homosexuales al matrimonio, en sentencia del 7 de mayo de 2013. La Ley Fundamental exige la especial protección del matrimonio y la familia, y es claro que, para los creadores de la Ley Fundamental, dicha protección se basa en la capacidad procreadora del matrimonio, vital para la continuación de la existencia del Estado mismo. Uniones homosexuales no tienen tal capacidad creadora, por lo que no pueden recibir la protección propia del matrimonio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional decidió en contrario, equiparando a ambos para ciertos fines, imponiendo sus propios valores a los del constituyente, modificando, con ello, además, la Ley Fundamental de modo no permitido por ella misma, ya que ésta no otorga a dicho Tribunal facultades constituyentes (*cf.* pp. 73-138). Rùthers cita varios otros casos de activismo judicial flagrante por el Tribunal Constitucional alemán (*cf.* pp. 109-115), como el progresivo desamparo del derecho a la honra, o el “fallo del crucifijo”. Todo ello permite decir que el Tribunal se está transformando, de un protector de la Constitución, a su señor.

Y es que, para Rùthers, la Ley Fundamental sí prescribe claramente un método de interpretación, tanto de las leyes, como de ella misma: el llamado “teleológico-subjetivo”, que obliga al órgano aplicador interpretar la ley teniendo en consideración el fin del legislador o del constituyente. Solo la aplicación de dicho método es legítima si se quiere respetar la separación de poderes. Lejos de ser una reliquia del pasado, es el único garante contra el capricho judicial. De ahí la constante referencia del autor a las disputas sobre metodología del Derecho, que comienza con la disputa entre la jurisprudencia de conceptos y de intereses, sigue la exposición del dominio de las escuelas de Larenz y Schmitt en la época del nazismo, y luego la tendencia

reciente de los tribunales superiores alemanes a utilizar el método "objetivo" para aplicar el Derecho. Dicho método es absurdo, supone el autor: supone adscribir al ordenamiento o a la ley fines que ellas no pueden tener. Solo las personas pueden tener fines, no las leyes, de modo que cualquier adscripción de cierto "fin" al ordenamiento por el aplicador no es más que la proyección, consciente o no, de los propios fines en el mismo. Y en ello consiste, precisamente, el activismo judicial, y por ello puede decirse, piensa Rüthers, que la actuación de los jueces actuales es similar, en este respecto, a la de sus antecesores bajo los regímenes totalitarios: realizan una transformación del mismo bajo el imperio del *Zeitgeist* del cual ellos se sienten intérpretes, creyéndose muchas veces agentes legítimos del cambio social, fallando de acuerdo a lo que prescribe el espíritu del tiempo –por definición, siempre cambiante– y no a lo que dice la ley.

El método adecuado para interpretar la ley es, entonces, el llamado "teleológico-subjetivo", defendido ya tempranamente por Philipp Heck y la Jurisprudencia de Intereses. Él solo es compatible con la democracia y la separación de poderes. Muestra que el propio Tribunal Constitucional alemán declaró lo mismo, en relación a la sujeción del juez ordinario a la ley, en una sentencia del primer senado de 2011, que recoge la doctrina de un voto de minoría del segundo senado de enero de 2009. Constata que, lamentablemente, dichas sentencias han sido poco representativas de la jurisprudencia del Tribunal, y no han sido seguidas por la jurisprudencia más reciente, ni la doctrina allí enunciada ha sido aplicada a su propia interpretación de la ley. Se trató, en consecuencia, solo de una nueva muestra de elección libre de los métodos de interpretación de acuerdo al resultado escogido de antemano (*cf.* pp.97-102). Rüthers incluso se refiere a la jurisprudencia de algunos jueces en particular, y destaca, como particularmente respetuosa del Estado de Derecho y la separación de poderes, la jurisprudencia de Evelyn Hass, expresada generalmente en votos de minoría frente a las decisiones de sus colegas activistas.

En lo que resta del libro, Rüthers vuelve a defender la aplicación del método "subjetivo" de interpretación, destaca la importancia de la elección adecuada de los miembros del mismo, y se explaya sobre la legitimidad de la existencia de cierto Derecho creado por los jueces en el caso de las lagunas jurídicas. El libro concluye con una *postfacio* (*cf.* pp.171-205) en el que se refiere a críticas recibidas por la primera edición del mismo. La mayor sería que el proceso descrito por el libro no sería "oculto", como pretende Rüthers, sino abierto y conocido. Sin embargo, aclara Rüthers, sí se trata de un proceso oculto, en cuanto sus actores, los jueces, enmascaran su activismo judicial apelando a diversos métodos de interpretación de la Constitución que, en

la práctica, les permiten imponer sus propias convicciones a la sociedad sin tener legitimidad para ello.

“Die Heimliche Revolution” es un libro muy interesante y recomendable de leer, sobre todo por la creciente importancia del tema que trata. En efecto, una de las mayores amenazas a la democracia y al Estado de Derecho es el activismo judicial, que constituye, como dice el autor, una verdadera revolución, aunque se enmascara como tal. Por ello resulta doblemente insidiosa. Y este libro es un apasionado alegato en favor de la separación de poderes y el Estado de Derecho, mostrando también cuál es la verdadera función de un juez en un tal Estado. No cae en el error del formalismo, que sostiene que toda actividad judicial es aplicación de una ley preexistente, pero tampoco cae en el error contrario del realismo, que cree que no hay Derecho preexistente a ser aplicado en ningún caso, de modo que la actividad del juez es constitutiva de Derecho. El autor tiene claro que hay un ordenamiento jurídico que obliga al juez, y que existe un método de interpretación que es el adecuado al Estado democrático de Derecho, el método “teleológico-subjetivo”. En ese sentido, este libro se enmarca en la serie de libros de denuncia de tal activismo, de los cuales el clásico es, claramente, “Coercing Virtue: the Worldwide Rule of Judges”, de Robert Bork (AEI Press, 2003), y que en nuestro país está representado por “Activismo judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces?”, de José Francisco García y Sergio Verdugo (Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013), y “Procesos sobre violación de Derechos Humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades”, de Adolfo Paúl Latorre (Editorial Maye, 2013). El tema reviste creciente importancia dado que, como muestran García, Verdugo y Paúl, los tribunales chilenos, incluyendo la Corte Suprema, han asumido una función cada vez más activista en materias penales, de medio ambiente, o derechos humanos. Libros como el de Rüthers nos sirven para recordar el peligro a lo que tal activismo conlleva: la imposición del *Zeitgeist* por medio de los jueces al ordenamiento jurídico. Es cierto que en Chile el Tribunal Constitucional ha mostrado una ejemplar sujeción a la Constitución al momento de fallar, absteniéndose de cualquier comportamiento activista, pero lamentablemente no puede decirse lo mismo de nuestros tribunales superiores de justicia. Y ello hace muy recomendable su lectura.

Lo que resulta discutible es la asimilación que hace el autor entre iusnaturalismo y activismo judicial. Ello surge de un desconocimiento de la tradición iusnaturalista, que siempre ha considerado que la sujeción del juez al Derecho es muy importante como requisito del bien común. Al respecto, basta leer lo que dice John Finnis sobre la posición del juez frente a las leyes injustas en el capítulo XII de “Natural Law and Natural Rights” (Clarendon Press, 1980), para apreciar que el juicio al respecto de los mejores exponentes

ISLER SOTO, CARLOS; RÜTHERS, BERND: "DIE HEIMLICHE REVOLUTION VOM RECHTSSTAAT ZUM RICHTERSTAAT", 2ª EDICIÓN, TÜBINGEN, MOHR SIEBECK, 2016, 205 PP.

de la tradición iusnaturalista es bastante más ponderado y complejo –se debe hacer muchas distinciones– que el que Rüthers cree que es. Con todo, es un defecto menor en un excelente libro.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. ALCANCE Y POLÍTICA EDITORIAL

1. *Ars Boni et Aequi* tiene el cometido de contribuir al desarrollo de las Ciencias Jurídicas a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas del Derecho. Es desde ahí que surge la invitación a todos los operadores jurídicos a fin de tener un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito jurídico iberoamericano.
2. Se trata de una publicación en formato electrónico e impreso de periodicidad semestral. El nº 1 de cada año aparece en junio, y el nº 2, en diciembre.
3. Se convoca a todos los investigadores y estudiosos del Derecho, tanto nacionales como extranjeros, al envío de colaboraciones en las tres secciones permanentes de la revista (estudios, comentarios de jurisprudencia y revisiones), para que una vez aprobados se posibilite su publicación y difusión. Las colaboraciones se reciben durante todo el año.
4. El envío de una colaboración supone el compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la evaluación de otras publicaciones periódicas. Además supone la cesión de derechos de autor a la revista, una vez aprobado el artículo, para efectos de su reproducción.
5. La admisión de la colaboración procederá conforme a un sistema de arbitraje de doble ciego, que implica la revisión y evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, externo a la revista, especialista en la disciplina a la cual se adscribe la colaboración.
6. Los colaboradores cuyos trabajos fueren aceptados y publicados en la revista recibirán gratuitamente un ejemplar de la que contenga su colaboración y 10 separatas.

II. FORMA Y PREPARACIÓN DE MANUSCRITOS

1. Las colaboraciones pueden presentarse en idioma español o inglés, en formato tamaño carta, numeradas, letra Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo, y con un espacio adicional entre párrafos.

2. Los estudios monográficos deberán contener entre 7000 y 15000 palabras; los comentarios de jurisprudencia, entre 5000 y 12000 palabras; y las recensiones, entre 1000 y 3000 palabras; incluidas las notas al pie de página, listados de referencias y apéndices, en su caso.
3. La colaboración debe estar encabezada por el título completo en español, mayúscula y negrita. Luego se agrega su traducción al inglés, en minúscula y cursiva. Seguidamente debajo del título se ha de consignar el nombre del autor y su afiliación institucional, indicando ciudad y país de la institución. Luego, un resumen de 75 a 150 palabras y de tres a cinco palabras clave en español e inglés. Tanto el resumen como las palabras claves deben estar en español e inglés (*abstract* y *keywords*).
4. Los títulos y subtítulos correspondientes a las divisiones principales del artículo deberán ser claros, concisos, debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.
5. En cuanto a las divisiones del texto y su enumeración se recomienda utilizar un máximo de cuatro niveles, enumerados con números romanos, arábigos, letra mayúscula y letra minúscula, seguidos de punto final o paréntesis, del modo que se ejemplifica a continuación:

I. TÍTULO DEL APARTADO (primer nivel) (letra negrita, mayúscula, con número romano seguido de punto)

1. Título de subapartado (segundo nivel) (letra negrita y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con número arábigo seguido de punto)

A) TÍTULO DE SUBAPARTADO (tercer nivel) (letra con efecto versalitas y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra mayúscula seguida de cierre de paréntesis)

a) *Título de subapartado* (cuarto nivel) (letra cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra minúscula seguida de cierre de paréntesis)

6. No se enumerarán los apartados correspondientes a la introducción, conclusiones, listado bibliográfico, jurisprudencial y de normas.
7. No se usará letra negrita, salvo para los títulos. Para destacar una palabra u oración del trabajo o de sus citas se usará cursiva. También, se usará cursiva en los títulos de obras y revistas, y en palabras en otro idioma.

8. Se utilizará el sistema de citación con notas a pie de página numeradas consecutivamente y ajustadas a las normas adoptadas por la revista.

III. ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE CITACIÓN

1. Los trabajos que deseen publicarse en la revista jurídica *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse vía electrónica a la casilla arsboni@ubo.cl. El correo electrónico debe contener la solicitud de publicación, el nombre del autor y la sección de la revista en la que postula la inclusión de su trabajo. En hoja separada, debe incluirse una biografía corta de cada uno de los autores de no más de 50 palabras, incluyendo grados académicos, ocupaciones y cargos actuales, publicaciones principales, correo electrónico, dirección postal y teléfono.
2. También deberá adjuntarse una carta de compromiso en la cual los autores señalan que el trabajo es inédito y se comprometen a no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Asimismo, indicará que ceden a la revista los derechos de reproducción del texto una vez que sea admitido.
3. El sistema de citación adoptado por la revista corresponde a las normas de la *International Standardization Organization*, ISO 690 e ISO 690-2, en relación con sus equivalentes emanadas del Instituto Nacional de Normalización: NCH1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura, y NCH 1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas – Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos, las que han sido declaradas norma chilena oficial por Resolución n°75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999 y Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003, respectivamente.
4. **Bibliografía citada:** Al final del trabajo irá un listado de todas las referencias bibliográficas efectivamente citadas o referidas bajo el título de “Bibliografía citada”. La lista se ordenará alfabéticamente por su primer elemento, que es el apellido del autor, junto al año de publicación, entre paréntesis. Si se dictan dos o más obras de un mismo autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán entre sí, con letras minúsculas a, b, c, etc., a continuación del año y dentro del paréntesis. El o los apellidos del autor se escribirán en versalitas y el nombre en redonda.
5. En todas las referencias, los apellidos de los autores se escribirán en versalitas y el título de la obra en que se encuentra, en cursiva. Finalmente,

en un paréntesis debe incluirse el número de edición, en caso de que haya más de una, la ciudad de publicación y la sede editorial.

6. La referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final. Se usará sangría francesa. Los títulos de libros y de publicaciones periódicas en lengua extranjera se indican en el idioma original.

Ejemplos:

- A. **Libros:** BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (número de edición (excepto la primera), ciudad de publicación, editorial) / (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

- B. **Traducciones:** AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (Trad. nombre del traductor, ciudad de publicación, editorial, número de edición si corresponde).

- C. **Capítulo de libro:** AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", en LLANOS MANSILLA, Hugo y PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coords.), *Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145-184.

Elementos: Autor(es) del capítulo/ (año de publicación): / "título del capítulo" / nombre del editor(es) o coordinador(es) del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo o artículo (indicando su calidad de editor(es) o coordinador(es), / título del libro (en cursiva) / (ciudad de publicación, editorial) / paginación.

- D. **Artículo de revista:** VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): "La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional", *Ars Boni et Aequi*, vol. 6 n° 1: pp. 27-79.

Elementos: Autor(es) del artículo/ (año de publicación): / "título del artículo", / título de la Revista, (en cursiva) / volumen y número: / paginación.

- E. **Documentos en formato electrónico:** BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea". Disponible en: <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, fecha de consulta: 22 mayo 2007.

Elementos: Autor(es) del documento/ (año de publicación): / "título del documento". / Disponible en: <vínculo del documento>, / fecha de consulta: día mes año.

7. **Normas citadas.** Luego del listado de referencias bibliográficas se deben incluir todas las referencias legales o normativas, bajo el título "Normas jurídicas citadas". Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente, de menor a mayor número, si es del caso, y se usará sangría francesa. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de ésta, su denominación oficial si la tiene y la fecha de la publicación (día, mes y año).

Ejemplo: Ley nº 20.431, establece normas que incentivan la calidad de atención al contribuyente por parte del servicio de impuestos internos, de 30 de abril de 2010.

8. **Jurisprudencia citada.** Tras el listado de referencias legales se debe incluir uno de todas las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo, bajo el título "Jurisprudencia citada". Las sentencias se ordenarán por tribunal con un criterio alfabético y cronológico. Si existieran diversas sentencias en el mismo tribunal y año se ordenarán alfabéticamente por el nombre de las partes. Se usará sangría francesa. La referencia hará indicación del tribunal / nombre de las partes en cursiva (si se trata de sentencia civil), nombre del procesado (si se trata de sentencia penal), nombre del caso (si se trata de sentencia internacional), nombre por el que se conoce el requerimiento (si se trata de sentencia de Tribunal Constitucional) / el año de la sentencia (entre paréntesis y redonda) seguido de dos puntos (:) / fecha (día, mes y año) / nº rol, de serie, de expediente u otro equivalente / fuente de localización. En el caso de citar jurisprudencia internacional, se deberá ocupar el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigán y otros* (2009): 13 abril 2009, rol nº 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927): 7 septiembre 1927, serie A n° 10. Disponible en <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, fecha consulta: 26 marzo 2012.

Corte Suprema, *Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez)* (2004): 17 noviembre 2004, rol n° 517-2004. Disponible en *Ius et Praxis*, vol. 10 n° 2: pp. 337 – 375.

Tribunal Constitucional, *Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989* (2000): 4 agosto 2000, rol n° 309. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/>, fecha consulta: 15 diciembre 2012.

Radrigán y otros (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

9. **Notas al pie de página:** Las notas al pie de página irán numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia, conforme a continuación se explica:

A. **Obras:** En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie el apellido del autor (en versalitas), el año (entre paréntesis) y el número (s) de la (s) página (s) precisas en que aparece la referencia citada. Si la obra tiene dos autores, sus apellidos se unen por medio de la conjunción “y”. Si la obra tiene tres o más autores su indicación deberá contener el apellido del primer autor seguido por la expresión latina “et al.”. Si se contemplan obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán por una letra seguida del año de publicación.

Ejemplos:

Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.

Obras con dos autores: FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.

Obra con tres o más autores: GALLARDO *et al.* (2011) p. 94.

Más de una obra de un mismo autor y año de publicación: GUZMÁN (2005a) p. 12.

- B. **Normas:** En la nota respectiva se deberá indicar el número de la norma y su año de publicación.

Ejemplo: Ley n° 20.431 de 2010.

- C. **Jurisprudencia:** Se indicará el nombre del tribunal, los apellidos de las partes, nombre del caso o norma revisada (en el caso de sentencias de tribunales constitucionales) (en cursiva), seguido del año de la sentencia y su n° de rol, serie, expediente o su equivalente (entre paréntesis), página, párrafo o considerando, según corresponda.

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigán y otros* (2009, rol n° 2447-2008) considerando 3°.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927, serie A n° 10) p. 14.

Tribunal Constitucional, *Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (2000, rol n° 309).

- D. **Otras fuentes de consulta:** En caso del uso de otras fuentes que no sean obras, normas o jurisprudencia, se referirán exclusivamente a nota de pie de página, individualizando autor, título de la fuente y soporte material de consulta, según corresponda.

Ejemplo, noticias: "Chubut enfrenta el peor incendio forestal que se haya registrado en Argentina", *La Nación: Argentina*, 26 de febrero de 2015. Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/1771568-chubut-enfrenta-el-peor-incendio-forestal-de-la-historia-de-argentina>>, fecha de consulta: 2 julio 2016.

- 10. Presentación de tablas o figuras (gráficos o imágenes):** Dentro del cuerpo del texto solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos atinentes a la materia de la publicación:

- A. **Tablas:** Las tablas se realizarán en formato Word, llevarán un título conciso y serán enumeradas correlativamente con números arábigos, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **TABLA N° 1, TABLA N° 2, TABLA N° 3**. Las observaciones adicionales se incluirán al pie de la tabla. Se cita en el texto por el número de la tabla, esto es, utilizando el número específico de la tabla. Ejemplo: Como se muestra en la Tabla n° 1.

- B. **Figuras (gráficos e imágenes):** Se considerará figura a todo tipo de material gráfico que no sea tabla (diagrama, gráfico, fotografía, dibujo, entre otros). Las figuras se realizarán en formato .jpg (resolución mínima 350 ppp (puntos por pulgada) y tamaño máx. de 15 cm. de ancho por 18 cm. de alto; todos los elementos deben ser legibles; entre 8 y 14 puntos. Enumere todas las figuras de manera consecutiva con números arábigos a la largo de todo el texto, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **FIGURA N° 1, FIGURA N° 2, FIGURA N° 3.** Dentro del texto, se refiere a las figuras por sus números. Ejemplo: Como se muestra en la Figura n° 1 o véase la Figura n° 2.

IV. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN Y APROBACIÓN DE TEXTOS

1. El Comité Editorial se reserva el derecho de rechazar los textos antes de enviarlos a arbitraje en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la revista.
2. El Comité Editorial se reserva el derecho de solicitar enmiendas menores antes de enviar la colaboración a arbitraje. Por ejemplo: lenguaje, ortografía, normas de citación, datos bibliográficos.
3. Las colaboraciones recibidas postuladas a las secciones "Estudios" y "Comentarios de Jurisprudencia" son sometidas a un procedimiento de arbitraje de doble ciego, es decir, el revisor no conoce la identidad del autor del manuscrito, ni el autor conoce la identidad de los evaluadores.
4. Los revisores examinan las colaboraciones conforme a una pauta de evaluación, que considera aspectos de forma y de fondo, una ponderación general y una recomendación al editor acerca de la publicación del trabajo.
5. El resultado del arbitraje será comunicado al autor. Este tendrá que ajustar el trabajo a las observaciones hechas por los evaluadores, dentro del plazo de un mes. Incorporadas las mejoras sugeridas, el autor debe enviar a la revista la nueva versión del trabajo con la función "control de cambios" de Word.
6. Recibida la segunda versión ajustada, el editor revisa si las observaciones han sido acogidas por el autor o si ha justificado satisfactoriamente su omisión. Tras esta revisión, el editor puede decidir: aceptar el trabajo a publicación, solicitarle al autor hacer ciertas enmiendas o enviar el trabajo a una nueva evaluación externa. Se establece un máximo de hasta dos revisiones externas por colaboración. Si en la tercera versión

el trabajo no cumple plenamente con las observaciones formuladas, será rechazada su publicación.

7. Dos meses antes del lanzamiento de cada número, el editor prepara el cierre del proceso de edición correspondiente, ordenando la aparición de los originales aprobados en cada una de las tres secciones de la revista, conforme a la rama del Derecho a la que se pueden adscribir, según el siguiente criterio de prelación: Derecho Internacional, Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Laboral, Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, Enseñanza del Derecho.
8. En los fascículos de junio y de diciembre de cada año se publican los artículos que hayan sido aceptados. Primero, en la versión electrónica de la revista, y se procede al envío correspondiente a las bases electrónicas en las cuales se encuentra la revista indexada. Segundo, se realiza el envío gratuito de ejemplares a las principales bibliotecas del país, a los miembros de los tribunales superiores de justicia y a los más célebres estudios jurídicos chilenos.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

I. SCOPE AND POLICY

1. *Ars Boni et Aequi* is committed to contribute to the development of Legal Science through the publication of original and unpublished researches confined to the various branches of law, to invite all legal operators to constant study, reflection, analysis, critical and propositions in Latin-American juridical area.
2. This is an electronic and printed publication presented every six months. The n° 1 of each year appears in June, and n° 2, in December.
3. We invite to all researchers, domestic and foreign, to submit articles to cover the three regular sections of the magazine (studies, case law comments and books reviews). The works are evaluated and if they are approved we permit their publication and dissemination. Contributions are received all the year.
4. Sending an original article to the editor implies that the author is not going to submit it simultaneously to other periodicals. Also assigns the copyright of the text, once admitted, to *Ars Boni et Aequi*.
5. A double and anonymous arbitration will review and evaluate the work, by a national or foreign specialist, external to the institution or magazine editor.
6. The authors, whose works were accepted and published in the journal, will receive a free copy with it and 10 offprints.

II. FORM AND PREPARATION OF MANUSCRIPTS

1. The articles can be submitted in English or Spanish, letter-size page, numbered and fully legible, font Times New Roman, size 12, no spacing, and with an extra space between paragraphs.
2. The *Studies* should have between 7000 to 15000 words; the *Case law reviews*, between 5000 to 12000 words; and the *Books review*, between 1000 to 3000 words. In all cases including footnotes and references.
3. It should be headed by the full title in English, bold capitals. Then add a Spanish translation, in lowercase italics. Immediately below it must

include the author's full name and her/his institutional affiliation, indicating city and country of the institution. Then, It has to include an abstract, between 75 to 150 words; and three to five keywords. In English and Spanish. Both abstract and keywords have to be in English and Spanish (*resumen y palabras clave*).

4. The titles and subtitles for the main divisions of the article should be clear and concise properly related the contents thereof without underlined whatsoever.
5. As for the divisions of the text and its listing is recommended up to four levels, numbered with roman numerals, arabic numerals, uppercase and lowercase, followed by endpoint or parentheses, as exemplified below:

I. SECTION TITLE (first level) (bold, uppercase, with Roman number followed by dot).

1. Subsection title (second level) (bold and italics, lowercase except the first letter, with arabic numeral followed by dot).

A) *SUBSECTION TITLE* (third level) (VERSAILLES and italics, lowercase except the first letter, with capital letter followed by closing parenthesis).

a) *Subsection Title* (fourth level) (italics, lowercase except the first letter, with lower case letters followed by closing parenthesis).

6. No listing the sections relating to the introduction, conclusions, bibliographical list, judicial rules and norms, should only be provided with the same format as the titles of the chapters, but no numbers or letters.
7. You do not use bold, except for titles as explained above. Neither use underlining. Italics will be used only to highlight a word or sentence from work or notes. Similarly, it is recommended italics in titles of books and periodicals, for titles of sources, to transcribe text sources (eg. articles of a code or law or paragraphs of a sentence and words in another language).
8. It will be used a citation system with footnotes numbered consecutively and adjusted to the standards adopted by the journal.

III. ORIGINAL SUBMISSIONS AND PUBLICATION STANDARDS

1. The articles to be published in *Ars Boni et Aequi*, must be submitted by email to arsboni@ubo.cl. The email must contain the publication

request, name of the author and the specification in which category the work must be included. On a separate page should include a short biography of each one of its authors of no more than 50 words, considering academic degrees, jobs, current positions, major publications, email and postal addresses and telephone.

2. There also must be attached a letter in which the authors note that the work is unpublished and undertake not to submit simultaneously to other journals. Also, the authors of the articles must inform if such work is published as part of a book or a bigger work.
3. The citation system adopted by the Journal corresponds to the standards of the International Standardization Organization, ISO 690 and ISO 690-2, in relation to their equivalent issued by the Chilean National Standards Institute: NCH1143.Of1999 Documentation - Bibliographic references - Content, form and structure, and NCH 1143/2.Of2003 Information and documentation - Bibliographic references - Part 2: Electronic documents or parts thereof, which have been declared official Chilean Standard by Resolution n° 75 of 1999 of the Ministry of Economy, Diario Oficial, 24 February 1999 and Resolution n° 92 of 2003 of the Ministry of Economy, Diario Oficial, 13 March 2003, respectively.
4. **Bibliographic references:** At the end of the work will be a list of all references effectively cited or referred under the title "Bibliography cited". The list must be sorted alphabetically according to the last name of the author, with its year of publication in parentheses. If there are two or more works by the same author published in the same year, they must be distinguished in parentheses by small letters a, b, c, etc. after the year of publication and inside the parenthesis. The last names of the author will be written in VERSAILLES and name in round. In no case can be cited two different literature sources in a single reference. In this list, reference books contain an indication of the total number of pages, and the reference to journal articles and chapters of books will display the page numbers start and end.
5. In every reference, the authors' last names will be written in VERSAILLES and the title in italics. Finally, into a parenthesis there must be included the city of publication, publisher and number of edition in case there is more than one.
6. The references of journal articles and book chapters will indicate the numbers of beginning and ending. French indentation will be used.

Books titles and periodical publications in a foreign language will indicate the original language.

EXAMPLES:

- A. **Books reference:** ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (Third edition, New York, Barnes Noble Inc.).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / (edition number (except for the first one), place of publication, publisher).

- B. **Translations reference:** AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (Trad. translator name, number of edition if it corresponds, place of publication, publisher).

- C. **Books chapters reference:** AGUILAR CAVALLO, Gonzalo and MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", en LLANOS MANSILLA, Hugo and PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coords.), *1 Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145 – 184.

Elements: Author (s) of the chapter / (year of publication): / "title of chapter" / en / name of the author (s) or coordinator (s) of the book, when it differs from the author of the chapter or article (indicating his capacity as editor (s) or coordinator (s) / book title (in italics) / (place of publication, publisher) / chapter pages.

- D. **Periodical's articles reference:** WALDRON, Jeremy (2005): "Foreign Law and the modern Jus Gentium", *Harvard Law Review*, vol. 119 n° 1: pp. 129 – 147.

Elements: Author (s) / (date) / "Article title" / title of the journal (in italics) / volume and number: / pages.

- E. **Electronic documents reference:** BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea". Available at <<http://www.publicacionescdh.uchile>.

cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, date of access: May 22, 2007.

Elements: Author (s) / (date) / "Document Title" / Available at: <link> / date of access: Month day, year.

7. **Legislation:** After the list of bibliographic references, there must be included a list of all legal or regulatory references, entitled "Legislation cited". This list is limited to the statutes effectively quoted or referred in the work. The must be sorted alphabetically, from lowest to highest number, if applicable. If it is applicable, it will be indicated the number, the official title and publication date (day, month and year).

EXAMPLES:

Declaration of Independence of the United States of America, U.S.C.A. *Constitution*, first volume, pp. 1-5, 4 July 1776.

Statute of the Permanent Court of International Justice, League of Nations, 16 December 1920.

8. **Cases:** After the legislation reference list, there must be included a list of all sentences actually quoted or referred to in the work, entitled "Cases law cited". The sentences were ordered by the court with alphabetical and chronological approach. If there are several statements in the same court and same year, they shall be ordered alphabetically according to the name of the parties. The reference shall mention: The court / name of the parts in italics (if it is a civil judgment), name of the accused (in the case of criminal judgment), case name (if it is an international judgment), the name by which requirement is known (if it is Constitutional Court judgment) / year of the judgment (round brackets) followed by a colon (:)/ date (day, month and year) / n° role, serie n° or equivalent / source location.

EXAMPLES:

Internacional Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (1971): June 21, 1971, advisory opinion. Available at <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>>, accessed: March, 26 2012.

Permanent Court of International Justice, *Lotus case* (1927): September 7, 1927, Series A n° 10. Available at <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, accessed: March 26, 2012.

9. **Footnotes:** Footnotes must be numbered in Arabic characters and they must be inserted in a superscript format, which will include references or short citations to works, norms and jurisprudence.

A. **Brief bibliographic references:** Abbreviated references in books, magazine articles and other formats will be noted in the footnote: only the first author's last name (in VERSAILLES), year (in parenthesis) and the number or numbers of the page or pages accurate in the cited reference appears. It is recommended not to make references to jobs that have not been addressed directly by the author, either critically or at their approaches. Readers can check the full details of the reference in the Bibliography cited list at the end of work (described above). If a work has three, four more authors, cite all authors in the reference list end. In the footnotes page is written only the first author followed by et al., year of publication and page respectively.

In case citing two or more works by different authors in the same reference, write the names and respective years of publication, separated by a comma.

Examples:

Works by one author: MANSON (1978) p. 52.

Works by two authors (surnames are joined by the conjunction and): FIX-ZAMUDIO and VALENCIA (2003) p. 247.

Works with three or more authors: Gallardo *et al.* (1990) p. 20.

More than one work with same author and year of publication: GUZMÁN (2005a) p. 12.

B. **Brief legislation references:** It shall indicate the number (of title) of the statute and the year of publication.

Example: Ley n° 20.431 de 2010.

C. **Brief case references:** The footnotes of jurisprudence shall indicate the name of the court, the name of the parties (in italics), the year of the sentence and its role n°, series, file or its equivalent (in parentheses), page,

paragraph, or considering. Thus, readers can check the full details of the judgment in the list of case cited at the end of the work.

Example: Permanent Court of International Justice, Lotus case (1927, Series A n° 10) p. 14.

D. Other references: In the case you used other references that are not bibliographic, legislation or case las, they will be indicate only in footnote, indicating author, title reference and source location.

Example, news: "Chubut enfrenta el peor incendio forestal que se haya registrado en Argentina", *La Nación*: Argentina, 26 de febrero de 2015. Available at: <<http://www.lanacion.com.ar/1771568-chubut-enfrenta-el-peor-incendio-forestal-de-la-historia-de-argentina>>, fecha de consulta: 2 julio 2016.

10. **Presentation of graphs, tables, figures and images:** Within the body text can only be included images, tables and graphics related to the subject of the paper.

A. **Tables:** The tables will be in Word format, with a concise title and be numbered consecutively with Arabic numerals, capital letters using bold. Example: **TABLE N° 1, TABLE N° 2, TABLE N° 3**. Additional observations will be included at the bottom of the table, will organized in columns and rows.

B. **Figures (graphics and photos):** It will be considered figure any kind of graphic material than is not a table (chart, graph, photograph, drawing, etc.). The figures are made in .jpg (minimum resolution 350 dpi (dots per inch) and max. size 15 cm. wide x 18 cm. high; all items must be legible; between 8 and 14 points. List all Figures consecutively with Arabic numerals in the text, using bold capital letter. Example: **FIGURE N° 1, FIGURE N° 2, FIGURE N° 3**. In the text, the figures are referred to by their numbers. Example: As shown in Figure n° 1 or see Figure n° 2.

IV. PROCEDURE FOR STUDIES AND CASE LAW REVIEW AND APPROVAL

1. Before sending the articles to arbitration, the Editorial Committee reserves the right to reject articles if they are not adjusted to the guidelines of the Journal.
2. In this stage, the text is formally checked (style, language, spelling, procedure of edition, translations into Spanish). After this review, the author

can be requested to complete bibliographical information or footnotes if it is necessary.

3. Studies and cases law have a double and anonymous arbitration procedure to review and evaluate the work, by a national or foreign specialist, external to the institution or magazine editor.
4. The reviewers evaluates parameters like originality of the work, developing arguments, writing, syntax, spelling, style, size and structure of work, relevance and timeliness of the literature, agreement between titles, summaries and key words with the content of the work.
5. The results of the arbitration will be communicated to the author, who will have to adjust his/her work to the observations or recommendations made by the arbitrators.
6. Once the adjusted version is received, it is checked if the observations done to the article haven been fully accepted by the author. After this review, new recommendations can be realized to the author. It is established a maximum of two corrections. If in the third review the article does not fully comply with the observations, it will be understood that the article has been rejected by the Editorial Committee.
7. Two months before the date of each issue is published, ends the corresponding editing process. The studies and cases law are included in the index in accordance with the branch of the Law which it is possible to assign the article, according to the following criterion of marshalling: International Law, Constitutional Law, Criminal Law, Procedural Law, Labour Law, Civil Law, Commercial Law, Legal Philosophy, Legal History, Legal Education.
8. In June and December, accepted works are published. First, in the electronic version of the journal. Second, we send free paper copies of the journal to major libraries in the country, members of the superior courts and the most famous Chilean legal buffets.

